المغني

تأليف

الشيخ الإمام العلامة ابن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠هـ

ويليه

الشرح الكبير

تأليف

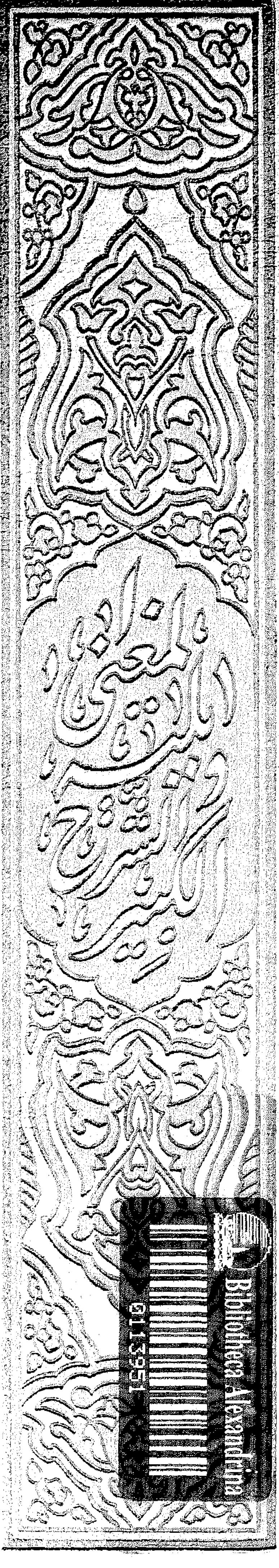
الشيخ الإمام ابن قدامة المقدسي

المتوفى سنة ٦٨٢هـ

الجزء الثامن

دار الكتب العلمية

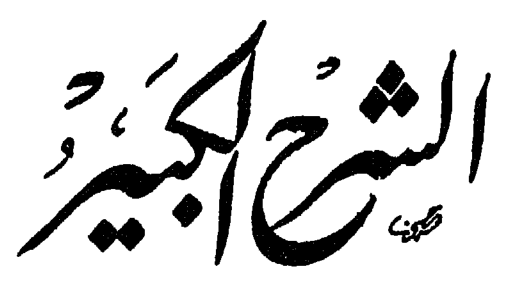
بيروت - لبنان





تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤ هـ

ويليه



على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم



(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصداق

الاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى ، وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى (وآتوهن أجورهن فريضة)

وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الصداق ﴾

وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قال أبو عبيديعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة كأنه عطية بغير عوض وقيل نحلة من الله تعالى للنساء وقال تعالى (فآتوهن أجورهن فريضة) وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال النبي ﷺ « مهيم ؟ » فقال يا رسول الله تزوجت امرأة قال « ما أصدقتها ؟ » قال وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح . وللصداق تسعة أسماء :

النبي ﷺ « مهيم ؟ » فقال يارسول الله تزوجت امرأة ، فقال « ما أصدقتها ؟ » قال وزن نواة من ذهب فقال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » وعنه أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليهما ، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح

(فصل) والصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والاجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء . روي عن النبي ﷺ أنه قال « أدوا العلائق » قيل يارسول الله وما العلائق ؟ قال « مايتراضى به الاهلون » وقال عمر لها عقر نسائها ، وقال مهلهل :

انكحها فقدها الاراقم　　في جنب وكان الحباء من أدم

لو بأبانين جاء يخطبها　　خضب ما وجه خاطب بدم

يقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

(فصل) ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة « هل من شيء تصدقها؟ » فالتمس ولم يجد قال « التمس ولو خاتما من حديد » فلم يجد شيئا فزوجه اياها بما معه من القرآن ، ولأنه أقطع للنزاع وللخلاف فيه ، وليس ذكره شرطا بدليل قوله سبحانه وتعالى (لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهرا .

الصداق والصدقة والمهر والنحلة والأجر والفريضة والعلائق والعقر والحباء ، روي عن النبي ﷺ أنه قال « أدوا العلائق » قيل يا رسول الله وما العلائق ؟ قال « ماتراضى به الاهلون » وقال عمر : لها عقر نسائها ويقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

﴿مسألة﴾ (ويستحب تخفيفه لما روت عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » رواه أبو حفص باسناده عن أبي العجفاء قال قال عمر الا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ ولا أصدقت امرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة اوقية وان الرجل ليغلو بصداق امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت الكم علق القربة ، أخرجه النسائي وأبو داود مختصرا وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت : اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما النش؟ قالت نصف أوقية أخرجاه أيضاً والاوقية أربعون درهما

﴿مسألة﴾ (ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته)

لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة « هل من شيء تصدقها ؟ » قال لا أجد شيئاً قال « التمس ولو خاتما من حديد » فلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز اذا كان شيئا له نصف يحصل)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وداود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطا لحلت وعن سعيد ابن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة هو مقدر الاقل، ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهما وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهما، واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولانه يستباح به عضو فكان مقدرا كالذي يقطع به السارق

ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها؟ » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتما من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ « أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ » قالت نعم فأجازه أخرجه أبو داود والترمذي

يجد شيئاً فزوجه إياها بما معه من القرآن متفق عليه ولانه أقطع للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطاً بدليل قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أوتفرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول الله ﷺ زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهراً

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وبناته وهو خمسمائة درهم) لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها اقتداء برسول الله ﷺ

﴿مسئلة﴾ (ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا)

وبهذا قال الحسن وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وأبو داود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطاً لحلت وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبو حنيفة أنه مقدر الاقل، ثم اختلف فيه فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهما وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهما، واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولانه يستباح به عضو فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق

ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتماً من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال

وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » ، رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر ، قال كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله عز وجل (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ، ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه من المال كالعشرة وكالاجرة . وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض فقياسه على الاعواض أولى. وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله عز وجل (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) وروى أبو حفص باسناده ان عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين الفا ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال خرجت وانا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم إحداهن قنطاراً) وقال أبو صالح القنطار مائة رطل وقال أبو سعيد الخدري ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد سبعون الف مثقال

رسول الله ﷺ « أرضيت عن نفسك ومالك بنعلين ؟ » قالت نعم فأجازه . أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاما كانت حلالا له » رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر قال كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه كالعشرة وكالاجرة وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع اتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض وقياسه على الاعواض أولى . فأما أكثره فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) وروى أبو حفص باسناده أن عمر أصدق أم كلثوم بنت علي أربعين ألفاً وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم احداهن قنطاراً)قال ابو صالح القنطار مائة رطل وقال ابو سعيد ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

﴿مسألة﴾ (كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقاً من قليل وكثير وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين)

(فصل) ويستحب أن لا يغلي الصداق لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة» رواه أبو حفص باسناده وعن أبي العجفاء قال قال عمر رضي الله عنه ألا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولا كم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وان الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لكم علق القربة أخرجه النسائي وأبو داود مختصراً وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما نش؟ قالت نصف أوقية أخرجاه أيضا ، والاوقية أربعون درهما فلا تستحب الزيادة على هذا لانه اذا كثر ربما تعذر عليه فيتعرض للضرر في الدنيا والآخرة

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع أو أجرة في الاجارة من العين والدين والحال والمؤجل والقليل والكثير ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقا ، وقد روى الدارقطني باسناده قال : قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الايامى وأدوا العلائق - قيل ما العلائق يا رسول الله قال - ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من أراك » ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا تكون صداقا لأنها ليست مالا وإنما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا قول الله تعالى (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج)

ومنافع الحر والعبد سواء فقد روى الدار قطني باسناده قال قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الايامى وأدوا العلائق » قيل وما العلائق يا رسول الله قال « ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيباً من أراك » ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا يجوز أن تكون صداقاً لانها ليست مالا وانما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا قول الله تعالى (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) والحديث الذي ذكرناه ولانها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقاً كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فانها يجوز المعاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح

﴿مسئلة﴾ (وان كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها اين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح لانه عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع والاجرة في الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وكل ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء وما لا يتمول عادة كقشرة جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا)

لا نه نقل الملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع . ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة ويبذل

والحديث الذي ذكرناه ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فانها تجوز المعاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح وقد نقل مهنا عن احمد اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا قيل له فامرأة لها ضياع وأرضون لاتندر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا قال ابو بكر ان كانت الخدمة معلومة جاز ، وان كانت مجهولة لاتنضبط فلها صداق مثلها كأنه تأول مسئلة مهنا على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح ، ونقل ابو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لانه معلوم يجوز أخذ العوض عنه فجاز أن يكون صداقا كالاعيان ، ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح لانه عمل معلوم يجوز أخذ الاجرة عنه ، وان أصدقها الاتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول

(فصل) ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبهذا قال الشافعي وقال النخعي ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وابو عبيد يصح

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح كما لو أصدقها شيئا ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لاتصح التسمية

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان

العوض في مثله عرفا لان الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب ان يبقى لها مال تنتفع به وتعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته

(فصل) ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي وقال النخعي والثوري ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد يصح

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلا يصح كما لو أصدقها شيئاً

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان تعذر ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ويجب عليه أجرة مثل خياطته لان المعقود عليه العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه وإن طلقها قبل خياطته وقبل الدخول فعليه خياطة نصفه ان أمكن معرفة نصفه وان لم يمكن فعليه نصف أجرة خياطته الا ان يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لانه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقاً كخياطة ثوبها

مسئلة (وان تزوجها على منافع مدة معلومة فعلى روايتين)

تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ويجب عليه أجر مثل خياطته لان المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه، وان طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه ان أمكن معرفة نصفه وان لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته الا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه تدخل خياطة النصف يقينا، وان كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره

(فصل) وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لانه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها، وان أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحا معينا أو فقها أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الاجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية لانه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقا كمنافع الدار

(فصل) فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن احمد في جعل صداقا فقال في موضع اكرهه، وقال في موضع لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي قال ابو بكر في المسئلة قولان يعني روايتين قال واختياري أنه لا يجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله

(إحداها) لا يصح وقد نقل مهنا عن أحمد اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا؟ قيل له امرأة لها ضياع وارضون لا تقدر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا، ووجه هذه الرواية أنها ليست مالا فلا يصح أن يكون مهراً كرقبته ومنفعة البضع وهذا قول أبي حنيفة ولان المرأة تستحق على الزوج خدمته بدليل أنه اذا لم يقم لها من يخدمها لزمه أن يتولى خدمتها فاذا كانت خدمته مستحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضاً

(والثانية) يصح وهي أصح بدليل قصة موسى عليه السلام وقياساً على منفعة العبد وتأول أبو بكر رواية مهنا على ما إذا كانت الخدمة مجهولة، فان كانت معلومة جاز وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب جائز لانه معلوم يجوز أخذ العوض عنه أشبه الاعيان وإن تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معلوم صح لذلك وإن أصدقها الاتيان به أين كان لم يصح لانه مجهول

(مسئلة) (وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل فان أصدقها مالا يجوز أن يكون صداقاً كالخمر والخنزير وتعليم التوراة والانجيل والمعدوم والآبق والطير في الهواء، والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد به النكاح في الصحيح من المذهب) وعنه يفسد اختاره أبو بكر لانه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا أن فساد المسمى ليس أكثر من عدمه وعدمه لا يفسد العقد كذلك هذا، إذا ثبت هذا فانه

زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » فقال ما عندي الا إزاري فقال رسول الله ﷺ « إزارك ان أعطيتها جلست ولا إزار لك فالتمس شيئاً - قال لا أجد قال - التمس ولو خاتماً من حديد » فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولانها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح

ووجه الرواية الاخرى ان الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال . وقد روي أن رسول الله ﷺ زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال « لا تكون لأحد بعدك مهراً » رواه النجاد باسناده . ولان تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الايمان . ولان التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط فأشبه الشيء المجهول فأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه أنكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أباطلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر باسناده عن أنس ان أباطلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم فقالت أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك قال فأسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل بدليل ما رواه النجاد ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الاخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها

يجب لها مهر المثل لانها لم ترض ببدل ولم يسلم البدل وتعذر به العوض فوجب رد بدله كما لو باعه سلعة بخمر فتلفت عند المشتري .

(مسألة) (وان أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح)

وكل ما يجوز أخذ الاجرة على تعليمه جاز وصحت التسمية لانه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقاً كمنافع الدار .

(مسألة) (وان كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها)

وجملته أنه ينظر في قوله فان قال احصل لك تعليم هذه الصورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا يختص بها فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها وان قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لانه معين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرد أنه يحتمل الصحة لان هذا يكون في ذمته فأشبه مالو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال، فعلى هذا يتعلمها ثم يعلمها أو يقيم لها من يعلمها .

(فصل) فان جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين لم يلزمه ايقاعه في غيرها كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره فقالت خط هذا ولان

إياه إما سورة معينة أو سوراً أو آيات بعينها لان السور تختلف وكذلك الآيات ، وهل تحتاج الى تعيين قراءة مرتبة فيه وجهان (أحدهما) يحتاج الى ذلك لان الاغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات

(والثاني) لا يفتقر الى التعيين لان هذا الاختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين

(فصل) فان أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت، فان قال احصل لك تعليم هذه السورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها له وان قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع انه لا يصح لانه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرد انه يحتمل الصحة لان هذه تكون في ذمته فأشبه مالو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال

(فصل) فان جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين فلم يلزمه ايقاعه في غيره كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره فقالت خط هذا ولان المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافا كثيرا ولان له غرضا في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها ،وان أتاها

المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً وقد يكون له غرض في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها فان أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون في التعليم ، وقد يكون لها غرض في التعليم منه لكونه زوجها ، تحل له ويحل لها ، ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياساً لاحدهما على الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (فان تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها)

وكذلك إن تعذر عليه تعليمها كما لو أصدقها خياطة ثوب فتعذر ، فان ادعى انه علمها فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه . وفيه وجه آخر أنهما ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه،وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض وان لقنها الجميع وكلما لقنها شيئاً نسيته لم يعتد بذلك تعليما لان ذلك لا يعد تعليما في العرف ولو جاز ذلك لافضى الى انه متى أقرأها بيتاً من الشعر أو مسئلة من الفقه او آية فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها وحفظها فأما مادون الآية فليس تلقيناً وجهاً واحداً

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان)

(أحدهما) عليه نصف أجرة تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة .

بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون في التعليم ، ولان لها غرضا في التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسا لأحدهما على الآخر

(فصل) فان تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فان اختلفا فقال علمتكيها فأنكرت فالقول قولها لان الاصل عدم تعليمها ، وفيه وجه آخر انهما ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لان الظاهر معه ، وان علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لأنه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض ، وان لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليما لان ذلك لا يعد تعليما ولو جاز ذلك لأفضى الى انه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجها واحدا

(فصل) فان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وان لم يكن علمها ففيه وجهان (أحدهما) عليه نصف أجر تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة (والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات ، وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان ، وان أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لأنه لا يمكنه نصف الرد وان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره

(والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها الجميع وجهان ، وان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها رجع عليها بنصف أجر التعليم لان الطلاق قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لا يمكنه نصف الرد فان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف الاجرة .

« مسئلة » (وان أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح وعنه يصح)

اختلفت الرواية عن أحمد في جعل تعليم شيء من القرآن صداقا فقال في موضع أكرهه ، وقال في موضع آخر لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي ، قال أبو بكر في المسئلة قولان يعني روايتين قال واختياري انه لايجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول واسحاق ، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي ان رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » فقال ماعندي الا ازاري فقال رسول الله ﷺ « ازارك ان اعطيتها إياه جلست ولا ازار لك فالتمس شيئا » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتما من حديد » فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولانها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح

(فصل) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع ايمانه واعتقاده انه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ « لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم » فالتحفظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فان السماع غير الحفظ ، وان أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والانجيل لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما

(الفصل الثاني) ان الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) وقال النبي ﷺ « العلائق ما تراضى عليه الاهلون » ولانه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات فان كان الولي الاب فمها اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقا قليلا كان او كثيراً بكراً كانت او ثيبا صغيرة كانت او كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعل الصداق إجارة ثماني حجج من غير مراجعة الزوجة ، وان كان الولي غير الاب اعتبر رضا المرأة والزوج لان الصداق لها وهو عوض منفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها فان لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع ان جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم وان نقص عنه فلها مهر المثل

ولنا ان الفروج لا تستباح الا بالاموال لقوله تعالى (ان تبتغوا باموالكم) وقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال وقد روي ان رسول الله ﷺ زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال « لا يكون لاحد بعدك مهراً » رواه البخاري باسناده ولان تعليم القرآن لا يجوز ان يقع الا قربة لفاعله فلم يصح ان يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الايمان ، وأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه انكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على اسلامه ، فروى ابن عبد البر باسناده ان ابا طلحة أتى ام سليم يخطبها قبل ان يسلم فقالت أتزوج بك وانت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان ؟ ان أسلمت تزوجت بك قال فاسلم أبو طلحة فتزوجها على اسلامه ، وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل ان يكون خاصا لذلك الرجل كما روى البخاري (١) ولا تفريع على هذه الرواية ، فاما على قولنا بالصحة فلا بد من تعيين ما يعلمها اياه اما سورة أو سوراً أو آيات بعينها لان السور تختلف وكذلك الآيات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحتاج الى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج الى ذلك)

لان الاغراض تختلف فيها صعب كقراءة حمزة وسهل فاشبه تعيين الآيات ووجه الاول ان هذا الاختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا

(١) كذا وتقدم في المغني انه النجاد

(الفصل الثالث) أن الصداق لا يكون إلا مالا لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال وهذا معنى قول الخرقي له نصف يحصل، ومالا يجوز أن يكون ثمنا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول ومالا منفعة فيه ، ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، ومالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، ومالا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقا لانه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ماذكرناه كالبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفا لان الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته فلها عليه قيمته)

وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيراً فان كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لان العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه ، وان كان الصداق مثليا كالمكيل

يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فاشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين

(فصل) ولو اصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا ان الجنب يمنع قراءة القرآن مع ايمانه واعتقاده انه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ «لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة ان تناله أيديهم» فالتحفظ أولى ان يمنع منه فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فان السماع غير الحفظ فان اصدقها أو اصدق مسلمة تعليم شيء من التوراة لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو اصدقها محرما

(مسئلة) (وان تزوج نساء بمهر واحد وخالعهن بعوض واحد صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية)

وجملته انه اذا تزوج اربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل ان يكون لهم ولي واحد كبنات الاعمام او موليات لولي واحد ومن ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم فالنكاح صحيح والمهر صحيح وبهذا قال أبو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي والقول الثاني ان المهر فاسد ويجب مهر المثل لان مايجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم

والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه ، وان اختارت امساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب ، وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا

(فصل) وان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا ان دلسه تدليساً يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به ، وان وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع ، وقد نقل مهنا عن احمد فيمن تزوج امرأة على الف ذراع فاذا هي تسعمائة هي بالخيار إن شاءت أخذت الدار ، وان شاءت أخذت قيمة الف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما اذا أصدقها داراً بعينها على أنها الف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت الرد لانه شرط شرطا مقصوداً فبان بخلافه فأشبه مالو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه وجوز أحمد الامساك لان المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك أرشا لان ذلك ليس بعيب ، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

ولنا ان الفرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر كل قفيز منها. اذا ثبت هذا فان المهر يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي وقال أبو بكر يقسم بينهن بالسوية لانه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسوية وان اختلفت رءوس أموالهم ولان القول بالتقسيط يفضي إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن وذلك يفسده

ولنا ان الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً فانه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فاذا احداهما حرة انه يرجع بقيمة الحرة وما ذكره من المسئلة ممنوع وان سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والاقرار فليس فيها قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وافضاؤه إلى جهالة لا يمنع الصحة اذا كان معلوم الجملة، ومثل هذه المسئلة اذا خالع نساءه بعوض واحد فانه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر مهورهن وعند ابي بكر يقسم بالسوية

(فصل) فان تزوج امرأتين بصداق واحد احداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها حصتها من المسمى وبه قال الشافعي على قول وأبو

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك اذا تزوجها على عبد فخرج حرا أو استحق سواء سلمه اليها أو لم يسلمه)

وجملة ذلك أنه اذا تزوجها على عبد بعينه تظنه عبداً مملوكا فخرج حراً أو مغصوبا فلها قيمته وبهذا قال ابو يوسف والشافعي في قديم قوليه ، وقال في الجديد لها مهر المثل ، وقال ابو حنيفة ومحمد في المغصوب كقولنا ، وفي الحر كقوله لان العقد تعلق بعين الحر باشارته اليه فأشبه مالو علماه حراً

ولنا أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب ولأنها رضيت بقيمته اذ ظنته مملوكا فكان لها قيمته كما لو وجدته معيبا فردته بخلاف ما اذا قال أصدقتك هذا الحر أو هذا المغصوب فانها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه اياها فكان وجود التسمية كعدمها فكان لها مهر المثل وقول الخرقي سواء سلمه اليها أو لم يسلمه يعني أن تسليمه لا يفيد شيئا لانه سلم مالا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه

(فصل) فان أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله لان المثل أقرب اليه ولهذا يضمن به في الاتلاف وان أصدقها جرة خل فخرجت خمراً أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلا لان الخل من ذوات الامثال وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لها قيمته لان الخمر ليس بمال ولا من

يوسف وقال أبو حنيفة المسمى كله للتي يصح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كانه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا أنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده وماذكره لا يصح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح ويقسط الالف عليهما على قدر صداقها وقيمة الدار وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر مثلها وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح البيع والمهر لافضائه الى الجهالة

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين وان قال زوجتك ولك هذه الالف بألفين لم يصح لانه كمدعجوة

(فصل) قال رضي الله عنه (ويشترط ان يكون معلوما كالثمن فان أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح)

وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولا مالم تزد جهالته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن احمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل ان يدخل

ذوات الامثال، والصحيح ماقلناه لانه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ولانه ان أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له وان أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية في ايجاب قيمته ففي ايجاب مثله أولى

(فصل) فان قال أصدقتك هذا الخمر وأشار الى الخل أو عبد فلان هذا وأشار الى عبده صحت التسمية ولها المشار اليه لان المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه باختلاف صفته كما لو قال بعتك هذا الاسود وأشار الى أبيض أو هذا الطويل وأشار الى قصير

(فصل) وان تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً أو مغصوبا صح الصداق في تملكه ولها قيمة الآخر نص عليه أحمد، وان كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين امساك نصفه وأخذ قيمة باقيه نص عليه أحمد لان الشركة عيب فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيبا ، فان قيل فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسئلتين كما في تفريق الصفقة ؟ قلنا ان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله . أما تفريق الصفقة فانه اذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وانما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله وههنا لا ينفسخ العقد وانما رجع الى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته، وأما اذا كان

بقوم الخادم وسطاً على قدر مايخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو تزوجها على عبد أو أمة أوفرس أو بغل أوحيوان منجنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي أو ما أشبهه مما يذكر جنسه فانه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة ارطال زيت فان كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أوحكم أجنبي أو على حنطة أوشعير أو زبيب أو على ما اكتسبه من العام لم يصح لانه لاسبيل الى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه وفي الاول يصح لقول النبي ﷺ «أدوا العلائق ماتراضى عليه الاهلون »وهذا قد تراضوا عليه ولانه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فيثبت مطلقا كالدية ولان جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لانه يعتبر بنسائها من تساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ولانه لو تزوجها على مهر المثل صح فههنا مع قلة الجهل أولى، ويفارق البيع فانه لايحتمل فيه الجهالة بحال وقال مالك يصح مجهولا لانه ليس باكثر من ترك ذكره وان أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح وهو قول أبي بكر ، وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندي كما لو أصدقها عبداً أو ثوباً وذكر جنسه لان له وسطاً تعطاه المرأة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان اصدقها عبداً منعبيده لم يصح)

ذكره أبوبكر وقال أبو الخطاب يصح وقد روي صحته عن احمد ولها احدهم بالقرعة وكذلك

نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة اذا أصدقها عبدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته الى غير شيء كما لو كان منفرداً

(آخر الجزء الرابع من ربع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته)

نص أحمد على هذا في رواية الاثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لانه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وانما العوض تحصيله وتمليكها اياه . اذا ثبت هذا فانه اذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها لانه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وان لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول اليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لانه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته كما لو تلف وان كان الذي جعل لها مثليا فتعذر شراؤه وجب لها مثله لان المثل أقرب اليه

يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصاً من قمصانه أو نحوه فانه قد روي عن احمد في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فان كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فان تشاحا أقرع بينهم قلت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجه ذلك ان الجهالة في هذا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما اذا أصدقها عبداً مطلقا فان الجهالة تكثر ولا يصح

ولنا ان الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولان المجهول لا يصلح عوضاً في البيع فلم يصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً بدليل سائر ما لا يصلح ، وأما الدية فانها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين ؟ ثم ليست عقداً وانما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيمة المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم ان قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فانما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات

(فصل) وان تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يصح أن يكون عوضا في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها وبهذا قال الشافعي واختاره ابو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياسا على الابل في الدية .

ولنا أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه، ولانه عبد وجب صداقا فأشبه مالو كان معيبا وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الابل وانما الاثمان أصل في الدية كما أن الابل أصل فيتخير بين دفع أي الاصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا ولان الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين

(فصل) وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فان طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي ووجهه ماتقدم فان جاءها بقيمته مع امكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولانه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها

(فصل) ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولا مالم تزد جهالته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها يقوم الخادم وسطا على قدر مايخدم مثلها

وان كانت تحتاج الى نظر، الا ترى انا نصير الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير الى عبد مطلق ولو باع ثوبا بعبد مطلق فاتلفه المشتري فانا نصير الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ثم لا نسلم ان جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فان العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف الا بالبكارة والثيوبة فقط فيكون اذا معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه، إذا ثبت هذا فان لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لان الاعلى التركي والرومي والاسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري .

(فصل) وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يجوز ان يكون عوضاً في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها ، وبهذا قال الشافعي وهو اختيار أبي الخطاب ، وقال القاضي يلزمها ذلك قياساً على الابل في الدية

ولنا أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ولانه عبد وجب صداقا

ونحو هذا قول أبي حنيفة ، فعلى هذا اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي وما أشبهه مما يذكر جنسه فانه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لانه لاسبيل الى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه، وفي الاول يصح لقول النبي ﷺ « العلائق ما تراضى عليه الاهلون » وهذا قد تراضوا عليه ، ولانه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ، ولان جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لانه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح فههنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع فانه لا تحتمل فيه الجهالة بحال ، وقال مالك يصح مجهولا لان ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب إن تزوجها على عبد من عبيده أو قميص من قمصانه أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح لان أحمد قال في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فان كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فان تشاحا أقرع بينهم قلت وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجهه أن الجهالة ههنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما اذا أصدقها عبداً مطلقا فان الجهالة تكثر فلا يصح

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولان المجهول

فاشبه مالو كان معيباً ، وأما الدية فلا يلزمه أخذ قيمة الابل وانما الاثمان أصل في الدية فيتخير بين أي الاصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا، ولان الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعواض أولى من قياسه على عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المبين

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان أصدقها عبداً مطلقا فجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمها قبولها)

وقال القاضي يلزمها ذلك الحاقا بالدية وقد ذكرنا الفرق بينهما وان الصحيح خلاف قوله

(فصل) وان تزوجها على ان يعتق أباها صح نص عليه أحمد فان طلبت اكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي لما نذكره في الفصل الذي يليه فان جاءها بقيمته مع امكان شرائه لم يلزمها قبوله لما ذكرناه ولانه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها

(فصل) فان تزوجها على ان يشتري لها عبداً بعينه فلم يبعه سيده أو طلب به اكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لانه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا

لا يصلح عوضا في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل ، وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر مالا يصلح ، وأما الدية فانها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين ثم ليست عقداً وانما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم ان قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فانما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما يجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج الى نظر، ألا ترى أنا نصير الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير الى عبد مطلق، ولو باع ثوبا بعبد مطلق، أتلفه المشتري فانا نصير الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فان العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب فيكون اذاً معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد. وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم . وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه . اذا ثبت هذا فان لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية

نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وانما العوض تحصيله وتمليكها إياه ، اذا ثبت هذا فانه ان قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها لانه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو اصدقها عبدا يملكه فان تعذر عليه الوصول اليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته لانه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقدم فوجب قيمته كما لو تلف فان كان الذي جعل لها مثليا فلها مثله عند التعذر لان المثل اقرب اليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح وعنه يصح فان فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب)

ظاهر المذهب ان المسمى ههنا لا يصح ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار ابي بكر وقول الفقهاء لان هذا ليس بمال وقد قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولان النبي ﷺ قال «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما في صحيفتها ولتنكح فان لها ما قدر لها »صحيح وروى عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «لا يحل لرجل ان ينكح امرأة بطلاق اخرى »ولان هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجراً في اجارة فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة ، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمراً او نحوه ويكون لها مهر المثل او نصفه ان طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة ، وعن احمد رواية اخرى ان التسمية صحيحة لانه شرط فعل لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها

ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لان الاعلى التركي والرومي والاسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري ، قال القاضي وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقا بالابل في الدية

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لانه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم ان أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلا الى وقت فهو الى أجله وان أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي المهر صحيح ومحله الفرقة فان أحمد قال اذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة وهذا قول النخعي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الاجل ويكون حالا ، وقال اياس بن معاوية وقتادة لايحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها

وعن مكحول والاوزاعي والعنبري يحل الى سنة بعد دخوله بها ، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل وهو قول الشافعي لانه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع، ووجه القول الاول أن المطلق يحمل على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك ، فأما ان جعل الاجل مدة مجهولة كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح لانه مجهول وانما صح المطلق لان أجله الفرقة بحكم العادة وههنا صرفه عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولا فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح هذا كعتق ابيها وخياطة قميصها ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا ان لم تطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة لانه سمى لها صداقا لم تصل اليه فكان لها قيمته كما لو اصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلها لان الطلاق لا قيمة له فان جعل صداقها أن طلاق ضرتها اليها الى سنة أو الى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئاً رجع الامر اليه فقد أسقطه أحمد لانه جعله لها الى وقت فاذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا بطل تصرفها كالوكيل وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يسقط لانها تركت ماشرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فاعتقته (والثاني) لا يسقط لانها أخرت استيفاء حقها فلم يسقط كما لو أخرت قبض دراهمها،وهل يرجع الى مهر مثلها أو الى مهر الاخرى ؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليها أحمد قال في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز ، فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق الاول ونصف الزيادة وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة في العقد فان زادها فهي هبة تفتقر الى شروط الهبة ، فان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة ، قال القاضي وعن أحمد مثل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوجها على محرم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه ان كان طلقها قبل الدخول)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل :

(الاولى) أنه اذا سمى في النكاح صداقا محرما كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لان أحمد قال في رواية المروذي اذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت ترى استقبال النكاح فأعجبه . وحكي عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله فسخ ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرما فأشبه نكاح الشغار .

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحا كان صحيحا فوجب أن يكون صحيحا وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مغصوبا أو مجهولا ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولان فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحا فكذلك اذا فسد ، وكلام أحمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فان مسئلة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد

ذلك فانه قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للامة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد

قال شيخنا وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ولان معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وانها تكون للسيد ، وحجة الشافعي أن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا يكون عوضاً في النكاح كما لو وهبها شيئاً ولانها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم تلحق به كما في البيع .

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة وقولهم انه لا يملك شيئاً من المعقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد وقد ملك البضع بدونه ، ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كانه ثبت بهما جميعاً كما قالوا في مهر المفوضة اذا فرضه وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . إذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه تثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تفتقر الى شروط الهبة وليس معناه

بتسميته فيه اتفاقا وما حكي عن مالك لا يصح فان ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم ، فأما اذا فسد الصداق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فان النكاح ثابت لا نعلم فيه خلافا ، وقول الخرقي وهما مسلمان احتراز من الكافرين اذا عقد النكاح بمحرم فان هذه قد مر تفصيلها .

(المسئلة الثانية) أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان فساد العوض يقتضي رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كمن اشترى شيئا بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فانه يجب عليه رد قيمته فان دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعا ، وإن مات أحدهما فكذلك لان الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لها المتعة لأنه لو لم يسم لها صداقا كان لها المتعة فكذلك اذا سمى لها تسمية فاسدة لان هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقا وبين من سمى لها محرما كالخمر أو مجهولا كالثوب وفي الجميع روايتان

(احداهما) لها المتعة اذا طلقها قبل الدخول لان ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض

أن الملك يثبت فيها من حين العقد ولا أنها تثبت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق

قال شيخنا لا أعرف ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ومن جعلها هبة لا تتنصف بطلاقها الا أن تكون غير مقبوضة فانها عدة غير لازمة فان كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه والا فلا

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف ان كان أبوها حيا وألفين ان كان ميتا لم تصح التسمية)

ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لان حال الاب غير معلومة فيكون مجهولا

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى الفين ان كانت له زوجة لم تصح التسمية) في قياس التي قبلها وكذلك اذا تزوجها على الف ان لم يخرجها من دارها ونص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين قال أبو بكر في الجميع روايتان

(احداها) لا يصح وهو اختيار أبي بكر لان سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع (والثانية) يصح لان الالف معلوم وانما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فان وجد الشرط كان زيادة في الصداق وهي جائزة والاولى أولى، والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين (أحدهما) أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال ان مات أبوك فقد زدتك الى صداقك الفاً لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت

كالبيع لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى ففي مهر المثل يبقى على الاصل في أنه يرتفع وتجب المتعة

(والثانية) أن لها نصف مهر المثل لان ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالمسمى ، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة وهو مذهب الشافعي لان المفوضة رضيت بلا عوض وعاد اليها بضعها سليما وايجاب نصف المهر لها لا وجه له لان الله تعالى أوجب لها المتعة ففي ايجاب نصف المهر جمع بينهما او إسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما التي اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه ان كان قبل الدخول ولان الاصل وجوب مهر المثل لانه وجب بالعقد بدليل انه يستقر بالدخول والموت وانما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الاصل

(المسئلة الثالثة) انه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وبه قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لان البضع لا يقوم إلا بالعقد فاذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به لانها رضيت باسقاط الزيادة

ولنا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع وما ذكروه غير مسلم ثم لا يصح

الاب (والثاني) أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله ان كان لي زوجة وان كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الالف فيه معلوم الوجود ليكون الالف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحمد على ابطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بان الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيهـا غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسئلتين اللتين صحح التسمية فيهما فان خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها وكذلك اقرارها في دار لها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته، فعلى هذا يمتنع قياس احدى الصورتين على الاخرى ولا يكون في كل مسئلة الا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الآخرتين والبطلان في المسئلة الاولى وما جاء من المسائل الحق ما أشبهها به

(مسئلة) (واذا قال العبد لسيدته أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء وكذلك ان قالت لعبدها أعتقتك على أن تزوج بي لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه)

لانها اشترطت عليه شرطاً هو حق له فلم يلزمه كما لو شرطت عليه أن تهبه دنانير فيقبلها ولان النكاح من الرجل لا عوض له بخلاف نكاح المرأة، وكذلك لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(مسئلة) (واذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الاجل صح ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح)

عندهم فانه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب فان قيل انما وجب لحق الله تعالى قيل لو كان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا تزوجها على الف لها والف لابيها كان ذلك جائزاً فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الالفين ولم يكن على الاب شيء مما أخذ)

وجملة الامر انه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئا من صداق ابنته لنفسه وبهذا قال اسحاق ، وقد روي عن مسروق انه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج جهز امرأتك ، وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة . وقال الشافعي إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط الفاسد لان المهر لا يجب الا للزوجة لانه عوض بضعها فيبقى مجهولا لانا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لاجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام « أنت ومالك لأبيك » وقوله « ان أولادكم من أطيب كسبكم

يجوز أن يكون الصداق مؤجلا ومعجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لانه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وان شرطه مؤجلا الى وقت فهو الى أجله وان شرطه مؤجلا ولم يذكر أجله فقال القاضي يصح ومحله الفرقة عند أصحابنا قال أحمد اذا زوج على العاجل والآجل لا يحل الا بموت أو بفرقة وهذا قول النخعي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الاجل ويكون حالا وقال اياس بن معاوية لا يحل حتى تطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج وعن مكحول والاوزاعي يحل الى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي ولانه عوض مجهول المحل ففسد كثمن المبيع ووجه الاول أن المطلق يحمل على الفرقة والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك فأما ان جعل الاجل مدة معلومة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وانما صح المطلق لان أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه هنا عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولا فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أصدقها خمراً أو خنزيراً أو مالا مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وحكي

فكلوا من أموالهم » أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي وقال حديث حسن، فاذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك

قولهم : انه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فانه شرط الجميع لنفسه ، واذا تزوجها على الف لها والف لابيها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الالف الذي قبضته ولم يكن على الاب شيء مما أخذ لان الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفهما وهو الف ولم يكن على الاب شيء لانه أخذ من مال ابنته الفا فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد قبضها الالفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج الف وبقي عليه الف للزوجة يأخذ الاب منها ما شاء

وقال القاضي يكون بينهما نصفين وقال نقله مهنا عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الايجاب فان الاب أن يأخذ ما شاء ويترك ماشاء واذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك اذا شرط

(فصل) فان شرط ذلك غير الاب من الاولياء كالجد والاخ والعم فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسئلة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرد لان الشرط اذا بطل احتجنا ان نرد الى الصداق مانقصت الزوجة

عن أبي عبيد أن النكاح فاسد اختاره أبو بكر عبد العزيز وروي عن أحمد نحو ذلك فانه قال في رواية المروذي إذا تزوج على غير طيب فكرهه .فقلت ترى استقبال النكاح فأعجبه وحكي عن مالك أنه يثبت إذا دخل بها وإن كان قبله فسخ قالوا لانه نكاح جعل الصداق فيه محرما فأشبه نكاح الشغار

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب ان يصح وان كان فاسداً كما لو كان مجهولا ولانه عقد لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ولان فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحا فكذلك اذا فسد وكلام احمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فان مسئلة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه وما حكي عن مالك لا يصح وما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم فأما اذا فسد الطلاق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فالنكاح ثابت لا نعلم فيه اختلافا

(فصل) ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأبو ثور يبطلان التسمية ويرجع بالقيمة كلها في المسئلتين كما في تفريق الصفقة قلنا لان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مستحق في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله أما تفريق الصفقة فانه إذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وانما انفسخ العقد فرجع في رأس العقد وههنا لا ينفسخ العقد وانما يرجع الى قيمة الحر منهما

لاجله ولا يعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد وان أصدقها ألفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لانه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها

ولنا ان جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها وإذا كان صداقا انتفت الجهالة وهكذا لو كان الاب هو المشترط لكان الجميع صداقا وإنما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك ويشترط أن لا يكون ذلك مجحفا بمال ابنته فان كان مجحفا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر أوليائها ذكره القاضي في المجرد

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الاب لانه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه ويكون ما أخذه الاب له لاننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الاب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لابيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الالف الذي قبضه الاب عليه أو عليها؟ على وجهين

لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته أما اذا كان نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة اذا أصدقها عبدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته الى غير شيء كما لو كان منفرداً

(مسألة) (وان وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ ارشه أو رده وأخذ قيمته)

وجملة ذلك أن الصداق اذا كان معينا فوجدت به عيباً فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا اذا كان العيب كثيرا وان كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير اذا رد به فلها قيمته ولا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فتجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه فان كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه فان اختارت امساك المعيب وأخذ ارشه فلها ذلك في قياس المذهب وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خيرت بين أخذ ارشه ورده ورد ارش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب ثبت ههنا مثل ما تثبت في البيع والخلاف فيه كالبيع لما ذكرنا

(فصل) فان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد في البيع وهكذا ان دلسه تدليسا يرد به المبيع كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتضمير الماء على الرحا وأشباه ذلك فلها الرد به وان وجدت الشاة مصراة فلها ردها وترد صاعا من تمر قياساً على البيع ونقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على الف ذراع فاذا هي تسعمائة فهي بالخيار ان شاءت أخذت الدار وان شاءت أخذت قيمة الف ذراع والنكاح جائز وهذا انما اذا أصدقها دارا بعينها على أنها الف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول فان شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع اليه نصفه زائداً الا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد الا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه)

في هذه المسألة أحكام منها أن المرأة تملك الصداق بالعقد وهذا قول عامة أهل العلم إلا أنه حكي عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه وروي عن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبي ﷺ « ان أعطيتها ازارك جلست ولا إزار لك » دليل على ان الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء. ولانه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وان كانت قد ملكت نصفه إذا ثبت هذا فان نماءه وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان أو منفصلا وان كان مالا زكاتياً حال عليه الحول فزكاته عليها نص عليه أحمد وان نقص بعد قبضها له أو تلف فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها وأما قبل القبض فهو من ضمان الزوج ان كان مكيلا أو موزونا وأما غيرهما فان منعها منه ولم

الرد لانه شرط شرطا مقصوداً فبان بخلافه فأشبه ما لو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ، وجوز أحمد الامساك لان المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك ارشا لان ذلك ليس بعيب ، ويحتمل ان لها الرجوع بقيمة بعضها أو ردها وأخذ قيمتها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان تزوجها على الف لها والف لأبيها صح)

وجملة ذلك أنه يجوز لابي المرأة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبهذا قال إسحاق . وقد روي عن مسروق انه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج جهز امرأتك ، وروى ذلك علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة

وقال الشافعي : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط الفاسد لان المهر لا يجب إلا للزوجة لكونه عوض بضعها فيبقى مجهولا لاننا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لاجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لابيك » وقوله « ان أولادكم من أطيب

يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لانه بمنزلة الغاصب وان لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع وقد ذكرنا حكمه في بابه (الحكم الثاني) أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكما كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وارادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا آخر أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة، وللشافعي قولان كالوجهين

وانا قوله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لكم أو لهن فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولان الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالارث ولانه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الاسباب ولا تلزم الشفعة فان سبب الملك فيها الاخذ بها ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير ارادته واختياره وقبل الاخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره فالاخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فان ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الاسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته فان نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق فان كان قد طالبها به فمنعته فعليها الضمان لانها غاصبة وان تلف قبل مطالبته

كسبكم فكلوا من أموالهم » خرجه أبو داود وأخرج نحوه الترمذي وقال هذا حديث حسن، فاذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك

قولهم هو شرط فاسد ممنوع، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب عليه السلام فانه شرط الجميع لنفسه

﴿مسئلة﴾ (فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بالالف الذي قبضته ولم يكن على الاب شيء مما أخذ)

لان الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق والالفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفها وهو الف ولم يكن على الاب شيء لانه أخذ من مال ابنته الفا فلا يجوز الرجوع عليه به وهذا فيما إذا كان قبضها الالفين، فان طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج الف وبقي عليه الف للزوجة يأخذ الاب منها ماشاء، وقال القاضي يكون بينهما نصفين، وقال نقله مهنا عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف، وليس هذا القول على سبيل الايجاب فان للاب ان يأخذ ماشاء ويترك ماشاء وإذا ملك الاخذ من غير شرط فكذلك اذا شرط

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الاب لانه الذي فرضه لها فيرجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الاب له لانا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الاب منها فتصير

فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لانه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة ان اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكرة وان ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت بعده فالقول أيضا قولها لانه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنكره والقول قول المنكر، وظاهر قول أصحاب الشافعي أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق لانه حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبه المبيع اذا ارتفع العقد بالفسخ

ولنا ماذكرناه، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع وان سلمنا فان الفسخ ان كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب الى جعل مال غيره في يده، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وانما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه ما لو ألقى ثوبه في دارها بغير أمرها

(فصل) ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل دخوله بها فلها في النكاح الثاني نصف الصداق أو المسمى فيه وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة لها جميعه لان حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه

ولنا قول الله سبحانه (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه طلاق من نكاح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف به المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فان لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه فاما ان كان لم يدخل بها في النكاح الاول أيضا فعليه نصف الصداق الاول ونصف الصداق الثاني بغير خلاف

كأنها قبضته ثم أخذه منها، وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لابيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الالف الذي قبضه الاب عليه أو عليها؟ على وجهين

(مسألة) (وان فعل ذلك غير الاب فالكل لها دونه)

اذا شرط ذلك غير الاب من الاولياء كالجد والاخ فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبوحفص وهو قول من سمينا في أول المسألة، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرد لان الشرط اذا بطل احتجنا أن نرد الى الصداق ما نقصت الزوجة لاجله ولا نعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد وان أصدقها ألفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لانه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها

ولنا أن ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها واذا كان صداقا انتفت الجهالة وهكذا لو كان الاب هو المشترط لكان الجميع صداقا وانما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك، ويشترط أن لا يكون مجحفا بمال ابنته فان كان مجحفا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر الاولياء ذكره القاضي في المجرد

(مسألة) (وللاب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وان كرهت)

(الحكم الثالث) أن الصداق اذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فان كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الاصل ، وان كانت غير متميزة فالخيرة اليها إن شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم العقد لان الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الاصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وان شاءت دفعت اليه نصفا زائداً فيلزمه قبوله لانها دفعت اليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز فان كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع الا في نصف القيمة لان الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها وان نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ولا يخلو أيضا من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز فان كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما فانه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الامثال ، وان لم يكن متميزاً كعبد كان شابا فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار إلى الزوج . ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لانه دون حقه ، وان شاء رجع بنصفه ناقصا فتجبر المرأة على ذلك لانه رضي أن يأخذ حقه ناقصا ، وان اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له هذا في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قاله ابو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها لانها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

وجملة ذلك ان للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكراً كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر مثلها لانه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولانه تفريط في مالها وليس له ذلك

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وان كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشرف قريش شرفا وعلما ودينا ، ومن المعلوم انه لم يكن مهر مثلها ، ولانه ليس المقصود من النكاح العوض وانما المقصود السكن والازواج ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من الاب مع تمام شفقته وبلوغ نظره انه لا ينقصها من صداقها الا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ، ويفارق سائر عقود المعاوضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته

(مسئلة) (وان فعل ذلك غيره باذنها صح)

ولم يكن لغيره الاعتراض اذا كانت رشيدة لان الحق لها وقد أسقطته فأشبه ما لو أذنت في بيع

ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تنصف بالطلاق كالتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكه وفارق نماء المبيع لان سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولان الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميناً فلم يكن له أخذه، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه نماؤه فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى أو هزل وتعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة فان اتفقا على نصف العين جاز وان امتنعت المرأة من بذل نصفها فلها ذلك لاجل الزيادة وان امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لاجل النقص ، واذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فان كانت العين تالفة وهي من ذوات الامثال رجع في نصف مثلها والا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف لان العين إن زادت فالزيادة لها تختص بها ، وان نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وان طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول وقد زادت زيادة منفصلة فهي لها تنفرد بها وتأخذ نصف الاصل ، وان كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف وبين أن تأخذ الكل وتدفع اليه قيمة النصف غير زائد ، وان كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصاً وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص

سلعة لها بدون ثمن مثلها ، وان فعله بغير اذنها وجب مهر المثل لانه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فوجب مهر المثل والنكاح صحيح لان فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح

(فصل) وتمام المهر على الزوج لان التسمية فاسدة ههنا لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها لمحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله ، قال أحمد أخاف أن يكون ضامناً وليس الاب مثل الولي ، ويحتمل أن لا يلزم الزوج الا المسمى والباقي على الولي كالوكيل في البيع

﴿ مسئلة ﴾ (وان زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن) وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى لان العوض له فكان المعوض عليه كالكبير وكثمن المبيع

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معسراً فهل يضمنه الاب ؟ يحتمل وجهين)

ذكر شيخنا في كتاب المغني فيه روايتين مطلقا (إحداهما) يضمنه نص عليه احمد فقال تزويج الاب لابنه الطفل جائز ويضمن الاب المهر لانه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والاخرى لا يضمنه لانه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه وكالوكيل قال القاضي وهذا أصح . قال القاضي انما الروايتان فيما إذا كان الابن معسراً . أما الموسر فلا يضمنه الاب رواية

(فصل) اذا أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها وقت ماأصدقها وليس له الرجوع في نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة فأشبهت الجارية إذا سمنت وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لانه متصل بالاصل ولا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة ، فان بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك لانها زيادة متصلة ولا يجب فصلها ، وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الاصل لم يلزمها لان عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ الا بالجذاذ بدليل البيع ولان حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد إلى العين الا برضاها ، فان قالت المرأة اترك الرجوع حتى أجذ ثمرتي وترجع في نصف الاصل أو ارجع في الاصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى اذا جذذت ثمرتك رجعت في الاصل أو قال أنا أرجع في الاصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر لان الحق انتقل الى القيمة لم يعد الى العين إلا برضاهما ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لان الضرر عليه فأشبه مالو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر ، وإن كانت أرضا فحرثتها فتلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم

واحدة ، فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فان كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه مالو وهبه الاب أجنبيا ثم وهبه الاجنبي الابن ، ويحتمل أن يرجع فيه لانه تبرع عن أبيه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضي الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في نصفه بالطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (وللاب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها)

لانه يلي مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها ، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة الا باذنها اذا كانت رشيدة لانها المتصرفة في مالها فاعتبر اذنها في قبضه كثمن مبيعها وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (أصحهما) أنه لا يقبضه إلا باذنها اذا كانت رشيدة كالثيب (والثانية) له قبضه بغير إذنها لانه العادة ولانه يملك اجبارها على النكاح أشبهت الصغيرة وهو قول أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : وان تزوج العبد باذن سيده على صداق مسمى صح بغير خلاف نعلمه والمهر على سيده وكذلك النفقة ضمنها أو لم يضمنها وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه احمد وعنه مايدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته ، وقال إن كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها ولا يعطي الولي وان لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا

النخل اذا أطلع الا في موضع واحد وهو أنها اذا بذلت نصف الارض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل والفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والارض تنقص بالزرع وتضعف

(الثاني) أن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في الارض فلا يجبر على قبوله ، وقال القاضي يجبر على قبوله كالطلع سواء، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق ومسائل الغراس كمسائل الزرع فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الارض زادت ولا نقصت رجع في نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة

(فصل) واذا أصدقها خشبا فشققته أبوابا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهبا أو فضة فصاغته حليا فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لان الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته ، وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حليا فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص

قول الشافعي لانه لا يخلو إما أن يتعلق برقبة العبد أو بذمته أو كسبه أو ذمة السيد لا جائزا أن يتعلق بذمة العبد يتبع به بعد العتق لانه يستحق العوض في الحال معجلا فلا يجوز تأخير العوض ولا جائزا أن يتعلق برقبته لانه وجب برضاء سيده أشبه مالو اقترض برضائه ولا جائزا أن يتعلق بذمة السيد لانه انما يتعلق بذمته ما ضمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفقة ثبت تعلقه بكسبه ضرورة ، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للسيد الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ، ومن علقه بكسبه فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب وليس لسيده منعه من التكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعقد برضاء سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو أرهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كارش جنايته فأما النفقة فانها تجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري وعلى العبد اذا عتق

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح)

أجمع العلماء على ان العبد ليس له ان ينكح بغير اذن السيد فان فعل لم ينفذ نكاحه في قول الجميع قال ابن المنذر أجمعوا على ان نكاحه باطل قال شيخنا الصواب ماقلنا ان شاء الله تعالى فانهم اختلفوا في صحته فعن احمد في ذلك روايتان (أظهرهما) انه باطل وهو قول عثمان وابن عمر رضي الله عنهما وبه قال شريح وهو قول الشافعي، وعن احمد انه موقوف على اجازة السيد فان اجازه والا بطل وهو قول أصحاب الرأي لانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدراهم الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لانها عادت الى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه مالو أصدقها عبداً فمرض ثم برىء ، وإن صاغت الحلي على ماكان عليه ففيه وجهان

(أحدهما) له الرجوع كالدراهم اذا أعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لانها جددت فيه صناعة فأشبه مالو صاغته على صفة أخرى ، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت الى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين

(فصل) وحكم الصداق حكم البيع في ان ماكان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه ما كان متعينا فلها التصرف فيه ومالم يكن متعينا كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع ، وذكر القاضي في موضع آخر أن مالم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لانه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك به بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه وقياس المذهب أن ماجاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص ومالا تصرف لها فيه فهو

ولنا مارَوى جابر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم والترمذي وقال حسن وأبو داود وابن ماجه وروى الخلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان قال أحمد ذكرت هذا الحديث لابي عبد الله فقال هذا حديث منكر رواه أبو دواد وابن ماجة عن ابن عمر موقوفا من قوله ولانه عقد فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

﴿ مسئلة ﴾ (فان فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه)

لانه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئاً فإن أصابها وجب لها المهر في الصحيح من المذهب رواه عن احمد جماعة وروى عنه حنبل انه لامهر لها اذا تزوج العبد بغير اذن سيده وهذا يمكن حمله على ماقبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر جلده الحد وقال للمرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه انه وطىء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فاما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر لانه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لامهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد يتعلق به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد

من ضمان الزوج وان منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لان يده عادية فضمنه كالغاصب وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ففقئت عينه فقال ان كانت قبضته فهو لها وان لم تكن قبضته فهو على الزوج فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال وهو مذهب الشافعي وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثليا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع إلى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فاذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه

ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فان البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق اذا ثبت هذا فان التالف في يد الزوج لا يخلوا من أربعة أحوال

(أحدها) أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الاجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسئلة

لان هذا حق لزم رضاه من له حق فكان محله الذمة كالدين والصحيح ان المهر واجب لقوله عليه الصلاة والسلام « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان اصابها فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه لانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبا كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) ويتعلق المهر برقبته يباع فيه الا ان يفديه السيد ويحتمل ان يتعلق بذمة العبد وقد ذكرناه

وهذا أظهر لان الوطء اجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ماوجب شيء لانه برضي المستحق

(فصل) والواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فاوجب مهر المثل بكماله كالنكاح بلا ولي وسائر الانكحة الفاسدة وعنه يجب خمسا المسمى اختارها الخرقي وعنه رواية ثالثة انها ان علمت انه عبد فلها خمسا المهر وان لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد ووجه قول الخرقي ماروى الامام احمد باسناده عن خلاس ان غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيحان التيمي بغير اذن مولاه فكتب أبو موسى في ذلك الى عثمان بن عفان فكتب اليه ان فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز ان ينقص العبد فيه عن الحر كالحد والواجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان وظاهرها انه أوجب خمسي المسمى ولهذا

(فصل) اذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبه ما لو لم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب لولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع فيه لاننا نمنع ذلك وان سلمناه فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل انه لا يطالب ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فاذا وجد كان الرجوع في عينه أولى وفي معنى هذه التصرفات الرهن فانه وان لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز وكذلك الكتابة فانها تراد للعتق المزيل للملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن فان طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تجبر على رد نصفه اليه لانه عقد عقدته في ملكها فلم تملك إبطاله كاللازم ولان ملكها قد زال فلم تملك الرجوع في ما ليس بمملوك لها (والثاني) تجبر على تسليم نصفه لانها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين الوجهين فأما ان طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم

قال كان صداقها خمسة ابعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات والاوجبت القيمة وهي الأثمان دون الابعرة ويحتمل ان يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل

(فصل) فان كان الواجب زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لان الواجب عليه مايقابل قيمة العبد بدليل انه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا اعطى القيمة فقد اعطى مايقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وان كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع

(فصل) وان اذن السيد لعبده في التزويج بمعينة أو من بلد معين أو من جنس معين فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان اذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحاً فاسداً احتمل ان يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد واحتمل ان يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله وان اذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فالمهر على سيده لانه باذنه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان زوج السيد عبده امته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضي)

البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها الآن حقه يثبت في القيمة (الثاني) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ويكون وجود هذا التصرف كعدمه لانه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالايداع والعارية فأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لانه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته لان شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه وان كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين ان قلنا تباع في الدين فهي كالعبد، وان قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها، وان كانت الامة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لأنه نقص، وان اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع وان قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمنع الرجوع كالتدبير، واحتمل أن تمنعه لان الكتابة عقد لازم يراد لازالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن (الثالث) تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالاجارة والتزويج فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع في نصفه ناقصاً لأنه رضي بحقه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فان رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة فان قبل فقد قلنا في الطلع الحادث في النخل إذا قال

لا يجب للسيد على عبده مال وقيل يجب الصداق على السيد ثم يسقط قاله أبو الخطاب قال يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر اثباته وقال أبو عبد الله اذا زوج عبده من أمته فأحب ان يكون بمهر وشهود، قيل فان طلقها؟ قال يكون الصداق عليه اذا أعتق قيل فان زوجها منه بغير مهر؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى انه جائز لان النكاح لا يخلو من مهر ولا يثبت للسيد على عبده مال فسقط

(مسئلة) (وان زوج عبده حرة ثم باعها اياه بثمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه ان كان قبل الدخول الى ثمنه)

اذا اشترت الحرة زوجها أو ملكته انفسخ النكاح لان ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولان المرأة تقول انفق علي لأني امرأتك وانا اسافر بك لانك عبدي ويقول هو انفقي علي لأني عبدك وانا اسافر بك لانك امرأتي فيتنافا ذلك فثبت اقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعفهما ولها على سيده المهر ان كان بعد الدخول وعليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا ان كانا متساويين وان تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل وان اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه الى صاحبه وقال الشافعي في أحد قوليه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز ان يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو اتلف

أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسألة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا ولان ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ووقت جذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا

(فصل) فان أصدقها شقصا فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين فان قلنا له أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لأنه قد زال ملكها عنه ، وان طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان (أحدهما) يقدم الشفيع لان حقه أسبق فانه ثبت بالنكاح وحق الزوج ثبت بالطلاق ولان الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل بطل بغير بدل (والثاني) يقدم الزوج لان حقه آكد فانه ثبت بنص القرآن والاجماع وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مبلغه فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعي مهر

لها مالا وهذا بناء منهم على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا انه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه وذكر القاضي وجها انه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعا كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ولانه ثبت في الذمتين جميعا احداهما تبع للاخرى بل المذهب انه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما ان كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل الدخول بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذا من جهته فلم يسقط جميع المهر (والثاني) يسقط لان الفسخ انما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعساره وشراء الرجل امرأته فان قلنا لا يسقط جميعه فالحكم في النصف الباقي كالحكم في جميعه اذا فسخ النكاح بعد الدخول على ما ذكرنا

(فصل) فان باعها اياه بالصداق صح نص عليه وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه أن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه ان قلنا يسقط جميعه ويحتمل ان لا يصح قبل الدخول لكون انفساخ النكاح جاء من قبلها فيبقى الشراء بغير عوض فلا يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان ثبوت البيع يقتضي نفيه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض ووجه الاول انه يجوز ان يكون ثمنا لغير هذا العبد فجاز ان يكون ثمنا له كغيره من الديون وما سقط منه رجع عليها به

المثل منهما فان ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال ابو حنيفة وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه ، وعن احمد رواية اخرى أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور وبه قال ابو يوسف الا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعي مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعي يتحالفان فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ماقاله ، وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري لانهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفا قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في البيع فانه يفرق في التحالف بين ماقبل القبض وبعده ولانها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته

ولنا أن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع اذا ادعى التلف او الرد ولانه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولان القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فانها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة، ولو ادعت مائتين

(فصل) قال رضي الله عنه وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد

هذا قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك انها لا تملك الا نصفه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار، وأما الفقهاء اليوم فعلى انها تملكه وقول النبي ﷺ « ان أعطيتها ازارك جلست ولا إزار لك » دليل على ان الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولانه عقد يملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وان كانت قد ملكت نصفه

(مسئلة) فان كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه وضمانه عليها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان النماء أو منفصلا وعليها زكاته اذا حال عليها الحول نص عليه أحمد وان تلف فهو من ضمانها، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها لأنها قد ملكته أشبه مالو ملكته بالبيع الا ان يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه لانه بمنزلة الغاصب فان زاد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه ويكون الخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم العقد الى حين القبض لانه إذا زاد بعد العقد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه الا أن تكون الزيادة لتغير السعر فقد ذكرناه في الغصب وعن أحمد فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه . ان كانت قد قبضته فهو لها وان لم تقبضه فهو على الزوج هكذا نقله مهنا فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من

وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولان مهر المثل ان لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه لانها لا تؤثر في إيجابه وفارق البيع فانه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فانها لم تجعله أمينها ولو كان أمينها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الاشهاد فقد تكون بينهما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة إذا ثبت هذا، فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لانه اختلاف في ما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال، وحكي عن القاضي أن اليمين لا تشرع في الاحوال كلها لأنها دعوى في النكاح

(فصل) فان ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يمينا والاولى أن يتحالفا فان ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه الا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ولأنهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة والباقون على أصولهم

(فصل) فان قال تزوجتك على هذا العبد فقالت بل على هذه الامة وكانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد لان قوله يوافق الظاهر ولا تجب

ضمان الزوج بكل حال سواء كان معينا أو لم يكن كغير المعين وهو مذهب الشافعي.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه الا بقبضه كالبيع)

وجملة ذلك أن حكم الصداق حكم البيع في ان ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه ما كان معينا فلها التصرف فيه وما لم يكن معينا كقفيز من صبرة ورطل من زيت لم تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء من قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع وذكر القاضي في موضع آخر ان ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث، وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف وقياس المذهب ان ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج إلا أن يمنعها من قبضه فيكون من ضمان الزوج بكل حال كالغاصب وقد ذكرنا ما رواه مهنا عن احمد في العبد إذا فقئت عينه ان ضمانه على الزوج ما لم تكن قبضته وهذا كمذهب الشافعي

عين العبد لئلا يدخل في ملكها ماينكره وإن كانت قيمة الامة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجب عين الامة لانا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين وليس في ذلك ادخال ماينكره في ملكها

(والثاني) تجب لها قيمتها لان قولها انما وافق الظاهر في القدر لافي العين فأوجبنا لها ماوافقت الظاهر فيه ، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل اذا تخالفا وظاهر قول القاضي أن اليمين لايشرع في هذا كله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ماادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئه منه)

وجملة ذلك أن الزوج اذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لاتستحق علي شيئا وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي . وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج

(فصل) وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثلياً وبقيمته ان لم يكن مثليا ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع الى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع الى المعوض فاذا تعذر رده رجع الى قيمته كالبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه

ولنا أن كل عين وجب تسليمها مع وجودها اذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعارية وفارق البيع إذا تلف فان المبيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق فاذا ثبت هذا فان التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال (أحدها) أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الاجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على الاجنبي (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في صدر المسئلة

﴿مسئلة﴾ (فان قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه ان كان باقيا)

لقول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله ويدخل في ملكه حكما كالميراث هذا قياس المذهب ولا يفتقر الى

والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك، قال أصحابه انما قال ذلك اذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لانها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه :

ولنا أن النبي ﷺ قال « اليمين على المدعى عليه » ولانه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) فان دفع اليها ألفا ثم اختلفا فقال دفعتها اليك صداقا وقالت بل هبة فان كان اختلافهما في نيته كأن قالت قصدت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته ، وإن اختلفا في لفظه فقالت قد قلت خذي هذا هبة أو هدية فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه عقداً على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عوضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع اليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث اليها بقيمته متاعا وثيابا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها قد بعثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها فهذه الرواية

اختياره وارادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالوجهين فعلى هذا ما ينمي قبل ذلك فهو لها وعلى القول الآخر يكون بينهما نصفين

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لكم أولهن فاقتضى ذلك ان النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولان الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على ارادته واختياره كالارث ولانه سبب لنقل الملك فيه فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الاسباب ولا تلزم الشفعة فان سبب الملك فيها الاخذ ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادة واختيار وقبل الاخذ ما وجد السبب وانما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره كما ان الطلاق مفوض الى اختياره فالاخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للاخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فان ثبوت الملك حكم لها وثبوت أحكام الاسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا ارادته

(فصل) فان زاد زيادة منفصلة رجع في نصف الاصل والزيادة لها وان كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائداً وبين دفع نصف قيمته يوم العقد

وجملة ذلك أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من ان تكون الزيادة غير متميزة كسمن العبد وكبره وتعلمه صناعة أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فان كانت زيادة متميزة أخذت الزيادة ورجع

اذا لم تخبرهم أنه صداق فأما اذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هو هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما ، ويحكي عن مالك أنه قال ان كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لان الظاهر معها وإلا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه الى يدها فكان القول قول المالك كما لو قال أودعتك هذه العين قال بل وهبتها :

(فصل) إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لانه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان مات أحد الزوجين فكذلك وان مات الزوجان فادعى ورثة المرأة القسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقادم العهد لانه تعذر الرجوع الى مهر المثل لانه تعتبر فيه الصفات والاوقات وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لانه أقل الصداق .

ولنا أن مااختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين وما ذكروه ليس بصحيح لانه لا يسقط الحق لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

(فصل) وان اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الاب مقام الزوجة في اليمين لانه يحلف

بنصف الاصل وان كانت غير متميزة فالخيرة اليها أن شاءت دفعت اليه قيمته يوم العقد لان الزيادة لها لايلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الاصل بدونها فصرنا الى نصف القيمة وان شاءت دفعت اليه نصفه زائداً فيلزمه قبوله لانها دفعت اليه حقه وزيادته لاتضر ولا تتميز فان كانت محجوراً عليها لم يكن له الرجوع الا في نصف القيمة لان الزيادة لها ولا يجوزلها ولالوليها التبرع بشيء لايجب عليها

﴿مسئلة﴾ (وان كان ناقصاً خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصاً وبين أخذ القيمة يوم العقد)

إذا نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها وقد ذكرناه مفصلا ولا يخلو من ان يكون النقص متميزاً أو غير متميز فان كان متميزا كعبدين تلف أحدهما فانه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف ان كان من ذوات الامثال وان لم يكن متميزاً كأن شاب فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسي صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار الى الزوج ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لانه دون حقه وان شاء رجع بنصفه ناقصا فتجبر المرأة على ذلك لانه رضي أن يأخذ نصف حقه ناقصاً فان اختار ان يأخذ ارش النقص مع هذا لم يكن له ذلك في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فللزوج الرجوع فيها لانها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

على فعل نفسه ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه كالزوجة فان لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وانما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فاذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي اذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لان الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة الا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأ كثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) اذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لانها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف ، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أ كثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل ، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما اذا اختلفا في قدر الصداق، فان قلنا القول قول الزوج فلها المتعة ، وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها هذا اذا طلقها ، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين .

ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تتنصف بالطلاق كالمميزة فأما زيادة السوق فليست ملكها وفارق نماء المبيع لان سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولان الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف بدلها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميناً فلم يكن له اخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه سمنه فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل ان يتعلم صناعة وينسى أخرى أوهزل و تعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع والرجوع الى القيمة فان اتفقا على نصف العين جاز وان امتنعت المرأة من بذلها فلها ذلك لاجل الزيادة وان امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لاجل النقص واذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فان أصدقها شقصاً وقلنا للشفيع أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لزوال ملكها عنه فان طلقها قبل الاخذ بالشفعة فطالب الشفيع قدم حقه في أحد الوجهين لان حقه أسبق فانه يثبت بالنكاح وحق الزوج ثابت بالطلاق ولان الزوج يرجع الى بدل وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل فالى غير بدل (والثاني) يقدم الزوج لان حقه ثبت بنص القرآن والاجماع فكان آكد وحق الشفيع مختلف فيه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع

﴿ مسألة ﴾ (وان كان تالفاً أومستحقاً بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد الا ان يكون مثلياً فيرجع بنصف مثله)

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه اذا طلقها قبل الدخول الا المتعة)

وجملته أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم وقد دل على هذا قول الله تعالى (لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)

وروي أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ؟ فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ماقضيت . أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً

وقال بعض الشافعية لايصح في هذه الصورة لانها تكون كالموهوبة وليس بصحيح لأنه قد صح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لان معناهما واحد وما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الاخرى وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر اذا ثبت هذا فان المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل اليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه إلى وليها ومعنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر :

وقال القاضي له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض ، قال شيخنا : هذا مبنى على ان الصداق لايدخل في ضمان المرأة الا بقبضه وان كان معيناً كالمبيع في رواية فعلى هذا ان كانت القيمة وقت العقد أقل لم يلزمها إلا نصفها لان الزيادة بعد العقد لها لانها نماء ملكها فأشبهت الزيادة بعد القبض وان كانت القيمة وقت القبض اقل لم يلزمها أكثر من نصفها لان ما نقص من القيمة من ضمانه تلزمه غرامته لها فكيف يجب له عليها ؟

(فصل) فان أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع في نصفها لانها زادت زيادة متصلة فهي كسمن الجارية وسواء كان الطلع مؤبرا أو غير مؤبر لانه متصل بالاصل لا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة فان بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها لزمه ذلك لانها زيادة متصلة لا يجب فصلها ، وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لان العرف في هذه الثمرة أنها لا تؤخذ الا بالجذاذ بدليل البيع ولان حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاها فان قالت المرأة اترك الرجوع حتى آخذ ثمرتي وترجع في نصف الاصل وأرجع في نصف الاصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج انا أصبر حتى إذا أخذت ثمرتك رجعت في الاصل ، أو قال أنا أرجع في الاصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم　　ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعني مهملين والتفويض على ضربين: تفويض بضع وتفويض مهر. فأما تفويض البضع فهو الذي ذكره الخرقي وفسرناه وهو الذي ينصرف اليه إطلاق التفويض، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو على حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقي لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل، والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك، فأما ان زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير إذنها في ذلك فانه يجب مهر المثل

وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا في الصورة الاولى وقد سبق الكلام معه في أن للاب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فكذلك يجوز تفويضه، فاذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والزهري والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي. وعن أحمد رواية أخرى ان الواجب لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح وجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرما

أحدهما قبول قول الآخر لان الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين الا بتراضيهما ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر.

(فصل) فان كانت أرضاً فحرثتها فتلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادة لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها، وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا طلع إلا في موضع واحد وهو انها اذا بذلت نصف الارض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل والفرق بينهما من وجهين: (أحدهما) أن الثمرة لا تنقص بها الشجرة، والأرض تنقص بالزرع وتضعف. (الثاني) أن الثمرة متولدة من الشجر فهي تابعة له، والزرع ملكها أودعته في الارض فلم يجبر على قبوله. وقال القاضي يجبر على قبوله كالطلع سواء، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق. ومسائل الغراس كمسائل الزرع فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الارض زادت ولا نقصت رجع في نصفها وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة.

(فصل) فان أصدقها خشباً فشقته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لانه نقص من وجه فانه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره، وإن

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى : المتعة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى قال (حقاً على المحسنين) فخصهم بها فيدل انها على سبيل الاحسان والتفضل ، والاحسان ليس بواجب ولانها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم

ولنا قوله تعالى (ومتعوهن) أمر والامر يقتضي الوجوب ، وقال تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن) ولانه طلاق في نكاح يقتضي عوضا فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً ، وأداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا متعة ، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد . وعن أحمد ان لها المتعة ويسقط المهر . وهو قول أبي حنيفة لانه نكاح عري عن تسميته فوجبت به المتعة كما لو لم يفرض لها

ولنا قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه مفروض يستقر بالدخول فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد

(فصل) ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشافعي ، وروي عن

أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لان الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لانه نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن أعادت الدراهم والدنانير الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لانها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه مالو أصدقها عبداً فمرض أو بريء ، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان . (أحدهما) له الرجوع كالدراهم إذا اعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لانها جددت فيه صناعة فأشبه مالو صاغته على صفة أخرى ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن نقصه ؟ يحتمل وجهين)

أما ان كانت منعته منه بعد طلبه فعليها الضمان لانها غاصبة وان تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لانه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة ، وان اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لانها منكرة ، وفيه وجه آخر : أن عليها الضمان لانه حصل في يدها من من غير اذن الزوج لها في امساكه أشبهت الغاصب وهذا ظاهر قول أصحاب الشافعي قالوا لانه

أحمد لكل مطلقة متاع. وروي ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك ـ الى قوله ـ فتعالين أمتعكن وأسرحكن) وعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرنا، وظاهر المذهب أن المتعة لاتجب إلا المفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت ،قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لايحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر إلا حنبلا فانه روى عن أحمد ان لكل مطلقة متاعا ، قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

ولنا قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن) ثم قال (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) فخص الاولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ماذكروه ، ويحتمل أن يحمل الامر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعا بين دلالة الآيات والمعنى فانه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولانها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا مايقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها

حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبه البيع اذا ارتفع العقد بالفسخ والاول أولى لما ذكرناه وأما البيع فيحتمل أن يمنع وان سلمنا فان الفسخ ان كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب الى جعل ملك غيره في يده ، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه مالو ألقى ثوبه في دارها بغير اذنها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال الزوج نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فالقول قولها مع يمينها) لانه ادعى مايوجب الضمان عليها وهي منكرة والقول قول المنكر .

(فصل) إذا خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل دخوله بها فلها في النكاح الثاني نصف الصداق المسمى فيه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لها جميعه لان حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه طلاق من نكاح صحيح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فان لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده فلا يقوم مقامه فاما ان كان لم يدخل بها في النكاح الاول فعليه نصف الصداق للنكاح الاول ونصف الصداق للنكاح الثاني بغير خلاف

(فصل) ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا قول من ذهب اليه وظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك ، اذا ثبت هذا فانه يستحب أن يمتعهما نص عليه احمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فان كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه وأستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا وانما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالتها على إيجابها . وقول علي رضي الله عنه ومن سمينا من الائمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الادلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص ، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالاجماع لان النص العام لم يتناولها وانما يتناول المطلقات ولانها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود

(فصل) والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحرة والامة والمسلمة والذمية ، وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية ، وقال الاوزاعي إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة

ولنا عموم النص ولانها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولان ما يجب من العوض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر ،

(فصل) إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع به وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبه مالو لم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب ولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع لانا نمنع ذلك ، وان سلمنا فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالبه ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فاذا وجد كان الرجوع في نفسه أولى ، وفي معنى هذه التصرفات الرهن فانه لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال حق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة فانها تراد للعتق المزيل للملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن ، ويحتمل أن لا يمنع الرجوع اذا قلنا يجوز بيع المكاتب كالتدبير فان طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان

(أحدهما) لا تجبر على رد نصفه اليه لانه عقد عقدته في ملكها فلم يملك ابطاله كاللازم ولان ملكها قد زال فلم يملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها

(والثاني) تجبر على تسليم نصفه فانها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين

(فصل) فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجها على ماشاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير اذنها أو التي مهرها فاسد فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي، وقد صرح به في التي مهرها فاسد وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد ان لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لانه خلا عقدها من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء

ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها، وتفارق التي رضيت بغير عوض فانها رضيته بغير صداق وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة اذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه اذاجاء من قبلها لا تجب به متعة لانها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما تسقط لابدال بما يسقط مبدلها

(فصل) قال ابو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهراً، ثم وهب لها غلاما، ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة وذلك لان الهبة لاتنقضي بها المتعة كما لا ينتقض بها نصف المسمى ولان المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولأنها واجبة فلا تنقضي بالهبة كالمسمى

الوجهين، فأما ان طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها لأن حقه ثبت في القيمة (الثاني) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل الرجوع في نصفه ويكون وجوده بهذا التصرف كعدمه لانه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالايداع والعارية، فأما ان دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية، ولا يجبر على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ولان شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه، وان كانت أمة فدبرتها فان قلنا تباع في الدين فهي كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجز الرجوع في نصفها (الثالث) تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالاجارة والتزويج فهو نقص فيخير الزوج بين أن يرجع في نصفه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فان رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة، فان قيل فلم قلتم في الطلع الحادث في النخيل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسئلة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسئلتنا ولان ذلك يؤدي الى التنازع في سقي الثمرة وجذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسئلتنا

(فصل) قد ذكرنا أن المهر اذا كان معيناً يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة

﴿ مسئلة ﴾ قال (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها الا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه)

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره واعساره نص عليه احمد وهو وجه لاصحاب الشافعي والوجه الآخر قالوا هو معتبر بحال الزوجة لان المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزيء في المتعة مايقع عليه الاسم كما يجزيء في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وانها تختلف، ولو أجزأ مايقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . اذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن احمد فيها فروي عنه مثل قول الخرقي أعلاها خادم هذا إذا كان موسراً، وان كان فقيراً متعها كسوتها درعا وخماراً وثوبا تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن، قال ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة، ونحو ماذكرنا في أدناها قال الثوري والاوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي، قالوا درع وخمار وملحفة (والرواية الثانية) يرجع في تقديرها إلى الحاكم

لها وان نقص فعليها فاذا كانت غنما فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد المرأة بها لانه نماء ملكها وترجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لانه نصف مافرض لها . وقد قال الله تعالى (فنصف مافرضتم) فان كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً لانه رضي بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرجع في نصف الاصل وانما يرجع في نصف القيمة لانه لا يجوز فسخ العقد في الاصل دون النماء لانه موجب للعقد فلم يجز رجوعه في الاصل بدونه .

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض، وماذكروه لا يصح لان الطلاق ليس برفع العقد ولا النماء من موجباته إنما هو من موجبات الملك، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فينفرد بالاولاد، وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له . وقال أبو حنيفة اذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الاولاد أيضاً لان الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى الى الولد لحق الاستيلاد وما دخل في التسليم المستحق ينصف بالطلاق كالذي دخل في العقد

وهو أحد قولي الشافعي لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، وهذه الرواية تضعف لوجهين ،

[أحدهما] أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجها

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معينا في شيء ولاالمتعة ووجه قول الخرقي قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص باسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها قال ابراهيم النخعي العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق *

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) وما فرض ههنا إلا الامهات فلا يتنصف سواها ولان الولد حدث في ملكها أشبه ماحدث في يدها ، ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسري وحق التسليم لا سراية له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قدطالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب والا لم يضمنه لانه تبع لامه .

(فصل) والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم إذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضي الى التفريق بين الام وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع عليها في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

(فصل) فان كان الصداق بهيمة حائلا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة ان بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها لان الحمل في البهيمة لا يعد نقصا ولذلك لا يرد به المبيع، وان كانت أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لان الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها وإن اتفقا على تنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين جارية وولدها وزاد الولد في ملكها فان طلقها فرضيت ببذل النصف في الولد والام جميعاً أجبر على قبولها لانها زيادة غير مميزة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك فان فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك ان فرض لها أقل منه فرضيته)

وجملة ذلك أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لان النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعي في قول له لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لان مافرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوما

ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون مايجب لها فلا تمنع من ذلك وقولهم انه بدل غير صحيح ، فان البدل غير المبدل والمفروض ان كان ناقصا فهو بعضه وان كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لانه يبدل مافيه الربا بجنسه متفاضلا ، وقد روى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « أترضى أني أزوجك فلانة ؟ » قال نعم وقال للمرأة « أترضين أن أزوجك فلانا ؟ » قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف، فأما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فان لم ترض به لم يستقر لها

وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدهما) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زال في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته. ويفارق ولد المغرور فان وقت الانفصال وقت الحيلولة ولهذا قوم بخلاف مسئلتنا

(والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع في احداهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث

(فصل) وان أصدقها أرضاً فبنتها دارا أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها قيمة البناء والصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائدا فلا يكون لها غيره، وذكر الخرقي إنما كان له نصف القيمة لانه قد صار في الارض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لانه حقه وزيادة وان بذل لها نصف قيمة البناء والغراس ليكون له النصف فقال الخرقي له ذلك قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لانها لا تجبر على المعاوضة وهذه معاوضة، قال شيخنا والصحيح أنها تجبر لان الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فاذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الارض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غراس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

(فصل) فان أصدقها نخلا حائلا فأثمرت في يده فالثمرة لها لانها نماء ملكها فان جدها بعد تناهيها

حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه مالم ترض به كحال الابتداء وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به وان تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل ولانه إنما يفرض بدل البضع فيتقدر به كالسلعة اذا تلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه واذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ماحكم به

(فصل) وان فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزوج ولا حاكم فان سلم اليها ما فرضه لها فرضيته احتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل أن يصح لانه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى ، فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج لانه ملكه إياه حين قضى به دينا عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين وذكروا وجهاً ثالثاً أنه يرجع نصفه الى الاجنبي وذكره القاضي وجها لنا ثالثا وقد ذكرنا مايدل على صحة ماقلناه ، ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه اليه ، وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع الى من قضاه والله أعلم

وجعلها في ظروف وألقى عليها صقراً من صقرها وهو سيلان الرطب بغير خلع وهذا يفعله أهل الحجاز لحفظ رطوبتها لم تخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن لا تنقص قيمة الثمرة والصقر بل كانا بحالها أو زادا فانه يردهما عليها ولا شيء عليه

(الثاني) أن تنقص قيمتها وذلك على ضربين (أحدها) أن يكون بعضها متناهيا فانه يدفعها اليها وارش نقصها له لانه تعدى ما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان (أحدها) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة (الثاني) هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر بعضها وتأخذها وارشها كالمغصوب منه

(الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها لكن ان أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه واذا نقصت فالحكم على ما ذكرنا وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لان ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لان الظروف عين ماله فلا يلزمه قبولها كالمنفصلة عنها فان كانت بحالها الا أن الصقر المتروك على الثمرة ملك الزوج فانه ينزع الصقر ويرد الثمرة ، والحكم فيها ان نقصت أو لم تنقص كالتي قبلها، وان قال أنا أسلمها مع الصقر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له زيادة إذا

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وانما يسقط الى المتعة بالطلاق وهـذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح أنه يجب بالعقد ، وقال بعضهم لايجب بالعقد قولا واحداً ، ولا يجيء على أصل الشافعي غير هـذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد .

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجباً كالمسمى ، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ، ولان النكاح لايجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لان الله تعالى نقـل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل من سمي لها الى نصف المسمى لها والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لان المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرنا ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لان الوجوب يستند إلى حالة العقد الا في الامة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) ويجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبهـذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي ، وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري

قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الاصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرنا ذلك في موضعه

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لانه وطء في غير ملك وعليه المهر لسيدتها اكرهها أو طاوعته لان المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ، وان ولدت فالولد رقيق للمرأة وان اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو كان عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وان ملكها بعد ذلك لانه لا ملك له فيها وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لانه نقصها باحبالها،وهل لها الارش بعد ذلك؟ يحتمل أن لها الارش لانها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولا واحدا لان النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح

(فصل) وان أصدق ذمي ذمية خمراً فتخللت في يدها ثم طلقها قبل دخوله بها احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لانها قد زادت في يدها بالتخليل والزيادة لها وان أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وانما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين

وقتادة ومالك لايدخل بها حتى يعطيها شيئا ، قال الزهري مضت السنة أن لايدخل بها حتى يعطيها شيئا . قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها اليها

وقد روى أبو داود باسناده عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة أراد ان يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال له النبي ﷺ « أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها . ورواه ابن عباس أيضا قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطها شيئا » قال ماعندي قال « أين درعك الحطمية ؟ » رواه أبو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل عليها ولم يعطها شيئا ، وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ ان أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا . رواه ابن ماجه ، ولانه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة للاخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم

القبض وحينئذ لا قيمة لها وان تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لان الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا الينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما

(فصل) إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ذكره أبو بكر لان أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح ضمان نفقة المعسر لان غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلا لانه ضمان ما لم يجب

ولنا أن الجهل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فاذا طلقها قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من الامر وهو جائز الامر في ماله برىء منه صاحبه وعنه أنه الاب فله أن يعفوا عن نصف صداق ابنته الصغيرة اذا طلقت قبل الدخول)

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب أحمد أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع مولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها)

أما الميراث فلا خلاف فيه فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله في عموم النص ، وأما الصداق فانه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وروي عن علي وابن عباس وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والاوزاعي لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق ، وقال ابو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية ، وعن احمد رواية أخرى لا يكمل ويتنصف وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا ما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع ابنة واشق بمثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث صحيح وهو نص في محل النزاع ولان الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فان الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل اتمامه ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق وأما الذمية فانها

ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة وهو قول الشافعي القديم إذا كان أبا أو جداً وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك أنه الولي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الازواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) ثم قال (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر

ولنا ما روى الدار قطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « ولي العقدة الزوج » ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه يتمكن من قطعه وفسخه وامساكه وليس للولي منه شيء ولان الله تعالى قال (وان تعفوا أقرب للتقوى) ولان المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الاولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى الغائب كقوله تعالى (حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما فان عفى الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وان عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت

مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولان المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ههنا

(فصل) قوله مهر نسائها يعني مهر مثلها من أقاربها وقال مالك تعتبر بمن هي في مثل كمالها ومالها وشرفها ولا يختص بأقربائها ، لان الاعواض انما تختلف بذلك دون الاقارب

ولنا قوله في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب اليهن وقوله لا يختلف ذلك باختلاف الاقارب لا يصح فان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات واختلفت الرواية عن أحمد في من يعتبر من أقاربها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبرها بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية إسحاق بن هانيء لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأنهن من نسائها والاولى أولى فانه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها ولان شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها وقد تكون أمها مولاة وهي

له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منهما رشيداً جائز الامر في ماله فان كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه لانه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن الزوجة أباً كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة روى عنه ابن منصور اذا طلق وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الاب الا جائزاً . قال ابو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولا لابي عبدالله قديماً نظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة ، وان أبا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الاب وهو الصحيح لان مذهبه أن لا يجوز للاب إسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه لهم إلا بما فيه مصلحتهم ولا حظ لها في هذا الاسقاط فلا يصح ، وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط (أحدها) أن يكون أباً لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فان الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكراً لتكون غير متبذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب وان كانت صغيرة إلا على بعض الوجوه فلا تكون ولايته عليها تامة (الرابع) أن تكون مطلقة لانها قبل الطلاق معرضة لاتلاف البضع (والخامس) أن يكون قبل الدخول لان ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ، ومذهب الشافعي على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالاب

(فصل) ولو ماتت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل

شريفة وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة وينبغي أن يعتبر الاقرب فالاقرب فأقرب نساء عصباتها اليها اخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الاقرب فالاقرب ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وان تكون من أهل بلدها لان عادة البلاد تختلف في المهر وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لان مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فان لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن فان لم يكن فأهل بلدها فان لم يكن فنساء أقرب البلدان اليها فان لم يوجد الا دونها زيد لها بقدر فضيلتها و ان لم يوجد الا خير منها نقصت بقدر نقصها

(فصل) ولا يجب مهر المثل الا حالاً لانه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الابدال في من وجبت عليه وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها فان كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان

[احداهما] يفرض حالا لذلك (والثاني) يفرض مؤجلا لان مهر مثلها مؤجل وان كان عادتهم أنهم اذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وان زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي فان قيل فاذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات قلنا النكاح

امرأته ماينفسخ نكاحها برضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أوردة او بصفة كطلاق من السفيه أورضاع من أجنبية لم ينفسخ نكاحها برضاعه أونحو ذلك ولم يكن لوليهن العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة وهذا قول الشافعي ، والفرق بينهم وبين الصغيرة أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئاً إنما رجع المهر اليه بالفرقة

(فصل) إذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته إياه بعد قبضه وهي جائزة الامر في مالها جاز ذلك وصح بغير خلاف علمناه لقول الله تعالى (إلا أن يعفون) يعني الزوجات . وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئا مريئا) قال احمد في رواية المروزي ليس بشيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئا مريئا) على المهر تهبه المرأة للزوج ، وقال علقمة لامرأته هي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها وهل لها أن ترجع فيما وهبت زوجها؟ فيه روايتان عن أحمد واختلاف من أهل العلم ذكرناه فيما مضى

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون عينا أو دينا فان كان دينا لم يخل اما أن يكون في ذمة الزوج لم يسلمه اليها او في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فان الذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتكه أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو

بخلاف سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولان سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات فان المرأة اذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفا وان كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم والله أعلم

(فصل) اذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي لا يجب مهر لانه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر إثباته

وقال أبو عبد الله إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل فان طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا أعتق قيل فان زوجها منه بغير مهر ؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى أنه جائز

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت الى قولهما وكان حكمها حكم الدخول في جميع امورها الا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثا أو في الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها

تركته لك أي ذلك سقط به المهر وبريء منه الآخر ، وإن لم يقبله لانه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبريء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لانه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وان كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها الا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غيره وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فانه يتجدد له هبة مبتدأة ، وأما ان كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفى الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الابراء والاسقاط ويفتقر الى القبض فيما يشترط القبض فيه، وان عفى غير الذي هو في يده صح بهذه الالفاظ وافتقر الى مضي زمان يتأتى القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر الى القبض . وفيه اختلاف ذكرناه في الهبة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه وعنه لا يرجع بشيء ، وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على الروايتين اذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعن أحمد فيه روايتان

العدة وان لم يطأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وهو قديم قولي الشافعي ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد ، روى عنه يعقوب بن بختان انه قال اذا صدقته المرأة انه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى [وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض؟ والافضاء الجماع ، ولانها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ، روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون ان من أغلق بابا أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أيضا عن الاحنف عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا ، وما رووه عن ابن عباس لا يصح قال احمد يرويه ليث وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ، ولان التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها

(فصل) وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل انه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة

(احداهما) يرجع عليها بنصف قيمتها اختاره ابو بكر وهو أحد قولي الشافعي لانها عادت الى الزوج بعقد مستأنف فلا يمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت اليه بالبيع أو وهبها لأجنبي ثم وهبها له

(والرواية الثانية) لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لان الصداق عاد اليه فلو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولان نصف الصداق تعجل اليه بالهبة فان كان الصداق دينا فأبرأته منه فان قلنا لا يرجع ثم فههنا أولى ، وإن قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان

(أحدهما) لا يرجع لان الابراء اسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الاعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول ، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما

(والثاني) يرجع لانه عاد اليه بغير الطلاق فهو كالعين والابراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها فان قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لانه تعين بقبضه ، وقال ابو حنيفة يرجع ههنا لان الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل أن لا يرجع لانه عاد اليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها ، وإن وهبته العين وأبرأته من

بدليل ماذكرناه ، وأما قوله (وقد أفضى بعضكم الى بعض) فقد حكي عن الفراء انه قال : الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل وهذا صحيح فان الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض ، وقول الخرقي حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما يعني في حكم مالو وطئها من تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها اذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ، وقال الثوري وأبو حنيفة لارجعة له عليها اذا أقر انه لم يصبها

ولنا قوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ، ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الاباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي « أتريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ولا الاحصان لانه يعتبر لايجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا الغسل لان موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها ، ولا يخرج به من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا يزول الا بحقيقة الوطء ولا تحصل بها الفيئة لانها الرجوع عما حلف عليه وانما حلف على ترك الوطء ، ولان حق المرأة لا يحصل الا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب بها الكفارة

وأما تحريم الربيبة فعن احمد انه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لاتحرم ، وحمل القاضي

الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كاسلامها أو ردتها أو رضاعها لمن يفسخ نكاحها ارضاعه ففي الرجوع عليها بجميع الصداق روايتان كما في الرجوع في النصف سواء

(فصل) فان أصدقها عبداً فوهبته ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ههنا في ربعه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بعينه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والمزني وقال ابو حنيفة لايرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استعجل حقه . وقول الشافعي في أحد أقواله كقولنا

(والثاني) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب

(والثالث) يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف ولنا أنه وجد نصف ماأصدقها بعينه فأشبه مالو لم تهبه شيئا

(فصل) وان خالع امرأته بنصف صداقها قبل الدخول بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لانه اذا خلعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعا بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع ، وان خالعها بنصف مثل الصداق في ذمتها صح وصار جميع الصداق له نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له عوض الخلع ، ولو قالت أخلعني بما تسلم لي من صداقي فقد صح ، وبرىء من جميع

كلام أحمد على انه حصل مع الخلوة نظرا ومباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

﴿مسئلة﴾ قال (وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الاشياء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس أو مانع حقيقي كالجب والعنة أو الرتق في المرأة فعنه ان الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ما ذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فان هو غشيها والا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في اسقاط النفقة وروي أنه لا يكمل به الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لا يتمكن من تسلمها لم تستحق عليه مهرا بمنعها كما لو منعت تسليم نفسها اليه يحققه ان المانع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالاجارة وعن أحمد رواية ثالثة ان كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فان كان غيره كمل قال أبو داود

الصداق وكذلك لو قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر صح ويسقط جميعه عنه ، وان خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف يبقى له عليها النصف وان خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين ، وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لانه لما خالعها به مع العلم بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء

(فصل) واذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالمهر المجهول لان المهر واجب في هذه المواضع وانما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لانها إسقاط فصحت في المجهول . وقال الشافعي لا تصح البراءة في شيء من هذا لان المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الابرا مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح الا أن تقول أبرأتك من درهم الى الف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الالف وسوف نذكر الدليل على وجوبه فيما يأتي فيصح الابراء منه كما لو قال أبرأتك من درهم الى ألف فاذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فان قلنا لا يرجع إلى المسمى لها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ويحتمل أن يرجع لانه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وفيما يرجع به احتمالان (أحدهما) يرجع بنصف مهر المثل

وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر قال وجب الصداق قيل لأحمد فشهر رمضان ؟ قال شهر رمضان خلاف لهذا قيل له فكان مسافراً في رمضان قال هذا مفطر يعني وجب الصداق ، وهذا يدل على انه متى كان المانع متأكدا كالاحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق

وقال القاضي ان كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وان كان يمنع دواعيه كالاحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : ان كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وان كان من جهته صيام فرض أو احرام لم يستقر الصداق ، وان كان جباً أو عنة كمل الصداق لان المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها اليه

(فصل) وان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب ، فان كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأومأ الى انها إذا نشزت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها ، وذكره ابن حامد وذلك لانه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه مالو

لأنه الذي وجب بالعقد فهو نصف المفروض (والثاني) يرجع بنصف المتعة لأنها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) فان أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لان المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأته منه فصار كما لو قبضته ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة اذا قلنا انه لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأته من جميع صداقها .

(فصل) إذا باع رجل عبداً بمائة ثم أبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع امساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ، وان كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحدا لان الثمن ماعاد منه الى البائع وكذلك كان يجب اداؤه اليه قبل الفلس بخلاف التي قبلها ، ولو كاتب عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بريء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه اياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق

لم يخل بها وكذلك ان خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لانه في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء

(فصل) والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لان الصداق لم يجب بالعقد وانما يوجبه الوطء ولم يوجد ولهذا لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالاجنبية وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح لان الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح والاولى أولى

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد انه يكمل به الصداق فانه قال إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره ، وقال في رواية مهنا : إذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن ابراهيم :إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة . قال القاضي يحتمل ان هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان (أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه مسيس فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولانه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء

[والوجه الآخر] لا يكمل به الصداق وهو قول اكثر الفقهاء لان قوله تعالى (تمسوهن)

الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ماوجد بسبب ايتائه اياه فقام اسقاطه مقام ايتائه ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع عليه بشيء ،ولو قبضت المرأة صداقها أو وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا .

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكراً كانت أو ثيباً

قال أحمد اذا أخذ مهر ابنته فأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها انما يأخذ من زوجها وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لان ذاك العادة ولان البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها

ولنا أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كثمن مبيعها، وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها في مالها من أبيها أو وصيه من الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كاجرة دارها .

انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ترك عمومه فيمن خلا بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم

(فصل) إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها، وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لانه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كما لو وطئها ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فاشبه ما لو لم يدفعها ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا لان احمد قال إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج اولى فان ما يجب به الصداق ابتداء احق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظر اليها وهي عريانة عليه الصداق كاملا فهذا أولى

(فصل) وإن دفع امرأة أجنبية فاذهب عذرتها أو فعل ذلك باصبعه أو غيرها فقال أحمد لها صداق نسائها وقال ان تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فاذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الاخ نصف العقد وروي نحو ذلك عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان وقال الشافعي ليس عليه الا ارش بكارتها لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع

(مسألة) (وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلعه واسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه يتنصف بها المهر بينهما)

لقول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ثبت في الطلاق وقسنا عليه سائر ما استقل به الزوج ، وأما فرقة الاجنبي كالرضاع ونحوه تسقط نصف المهر ويجب نصفه أو المتعة لمن لم يسم لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح اذا جاء الفسخ من قبل أجنبي لانه قرره عليه ، وان قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهى بها النكاح أشبه مالو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها وان طلق الحاكم على الزوج في الايلاء فهو كطلاقه لانه قام مقامه في إيفاء الحق عند امتناعه منه

(مسألة) (وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كاسلامها أو ردتها أو رضاعها من ينفسخ النكاح برضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخها لعنته واعساره أو فسخه لعيبها أو فسخها لعتقها تحت عبد فانه يسقط به مهرها ولا تجب المتعة لانها أتلفت العوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه

(مسألة) (وفرقة اللعان تخرج على روايتين) [إحداهما] هي كطلاقه لان سبب اللعان قذفه

بتقدير عوضه فرجع في ديته الى الحكومة كسائر مالم يقدر ولانه اذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الاجنبي اولى

ولنا ماروى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم أن رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فافسدت عذرتها وقالت لزوجها انها فجرت فاخبر عليا رضي الله عنه بذلك فارسل علي الى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن فقال للحسن ابن علي اقض فيها ياحسن فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات فقال علي: لو كلفت الابل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير . وقال حدثنا هشيم قال ثنا اسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي أن جواري أربعا قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي ابو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي ابو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها ابو الرجل الى التي زعمت أنها ابو المرأة فزوجوها اياها فعمدت اليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك الى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعا والغى حصة التي أمكنت من نفسها فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت انا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها، وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت اجماعا ولان اتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فاذا اتلفه أجنبي وجب المهر كنفعة البضع

الصادر منه فأشبه الخلع (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها لعيبه

﴿ مسئلة ﴾ (وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان)

إذا اشترت المرأة زوجها ففيه وجهان [أحدهما] يتنصف به مهرها، لان البيع الموجب للفسخ تم بالسيد وبالمرأة، فأشبه الخلع (والثاني) يسقط به المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخها لعيبه وكذلك شراء الزوج امرأته وان جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لان المرأة وان باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته، وان علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب

﴿ مسئلة ﴾ (وفرقة الموت يستقر بها المهر كله، كالدخول إذا كان المهر مسمى)

وفي المفوضة اختلاف نذكره في مواضعه ان شاء الله تعالى ولو قتلت نفسها أو قتلها غيرها فهو كالموت حتف أنفها لأنها فرقة حصلت بانقضاء الاجل وأثبتها النكاح فهو كموتها حتف أنفها

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وإذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه وعنه القول قول من يدعي مهر المثل منهما)

إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق ولا بينة لهما فقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه أن القول قول الزوج بكل حال، وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور

﴿ مسئلة ﴾ قال (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فاذا طلق قبل الدخول فايهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الامر في ماله برىء منه صاحبه)

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب احمد رحمه الله أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد ابن جبير ونافع بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد واياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي اذا كان ابا الصغيرة وهو قول الشافعي القديم اذا كان ابا أو جداً . وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك انه الولي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الازواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل ان تمسوهن — ثم قال — أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر . ولنا ما روى الدارقطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال ولي العقدة الزوج ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه

وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعى مهراً لا يتزوج بمثله في العادة لانه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » وروي عنه أن القول قول من يدعى مهر المثل فاذا ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه فالقول قولها وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذي ذكره الخرقي وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد اليه بلا يمين عند القاضي في الاحوال كلها

لان الظاهر قول من يدعى مهر المثل فكان القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد، وقال أبو الخطاب تجب اليمين لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال ، وقال القاضي لا تشرع اليمين في الاحوال كلها لانها دعوى في النكاح ، والأولى أن يتحالفا فان ما يقوله كل واحد منهما يحتمل الصحة فلا يعدل عنه الا بيمين كسائر الدعاوى ، ولانهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي يتحالفان ، فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح وان كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في المبيع فانه يفرض

يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس الى الولي منه شيء ولان الله تعالى قال (وأن تعفوا أقرب للتقوى) والعفو الذي هو أقرب الى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب الى التقوى،ولان المهر مال الزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الاولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى خطاب الغائب كقوله تعالى (حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) وقال تعالى (قل اطيعوا الله وأطيعوا الرسول فان تولوا فانما عليه ماحمل وعليكم ماحملتم) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما فان عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز اذا كان العافي منهما رشيدا جائزا تصرفه في ماله وإن كان صغيراً أو سفيها لم يصح عفوه لانه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة اباكان أوغيره صغيرة كانت أوكبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور اذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الاب الاجائزا قال ابو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولا لابي عبدالله قديما،وظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة وأن ابا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الاب وهو الصحيح لان مذهبه انه لايجوز للاب اسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه له الا بما فيه مصلحته ولاحظ لها في هـذا الاسقاط فلا يصح

في التحالف قبل القبض أو بعده لانهـا اذا سلمت نفسها بغير اشهاد فقد رضيت بامانته ، ووجه قول من لا يرى التحالف أنه عقد لاينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولان القول بالتحالف يفضي إلى ايجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فانهـا اذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال هو بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ولو ادعت مائتين وقال هو بل مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فقد أسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولان مهر المثل ان لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز ايجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد وان وافق قول أحدهما فلا حاجة في ايجابه الى يمين من ينفيه لانها لا تؤثر في ايجابه ، وفارق البيع فانه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله،وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فانها لم تجعله أمينها ولو كان أمينا لها لوجب أن تكون أمينة حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الاشهاد لانه قد يكون بينهما بينة فيموت أو يغيب أو ينسى الشهادة . اذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوي لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الامة خرج على الروايتين)

فان كانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد لان قوله يوافق الظاهر ولا يجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما تنكره،وإن كانت قيمة الامة مهر

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح الا بخمس شرائط: أن يكون أبا لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فان الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكرا لتكون غير مبتذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب، وإن كانت صغيرة فلا تكون ولايته عليها تامة (الرابع) أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لاتلاف البضع (الخامس) أن تكون قبل الدخول لان ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو من هذا الا أنه يجعل الجد كالاب

(فصل) ولو بانت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أوردة أو بصفة لطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه أونحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولا واحدا والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها اكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئا انما رجع المهر اليه بالفرقة

(فصل) واذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه او وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الامر في مالها جاز ذلك وصح ولا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى (الا أن يعفون) يعني الزوجات وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) قال أحمد في رواية المروذي ليس شيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئا مريئا) غير المهر تهبه المرأة للزوج وقال علقمة لامرأته هبي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن احمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى

المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب عينها لا نا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين فأوجبناه وليس في ذلك ادخال ما تنكره في ملكها (والثاني) يجب لها قيمتها لان قولها انما وافق الظاهر في القدر لا في العين فأوجبنا لها ما وافق الظاهر فيه ، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل بالتحالف وظاهر قول القاضي ومن وافقه أن اليمين لا تشرع في هذا كله والله أعلم

(فصل) إذا أنكر الزوج صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً وسواء في ذلك ماقبل الدخول وبعده وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وحكي عن الفقهاء السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الوفاة فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق وبه قال مالك قال أصحابه انما قال ذلك اذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة الا بقبضه فكان الظاهر معه

ولنا قول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينا أو عينا فان كان دينا لم يخل إما أن يكون دينا في ذمة الزوج لم يسلمه اليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فان الذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحللتك منه أو انت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبريء منه الآخر ، وان لم يقبله لانه إسقاط حق فلم يفتقر الى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبريء منه لما ذكرناه ، وان أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لانه إن كان فى ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وان كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء ولان الجميع كان ملكا لها تصرفت فيه ، وانما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فانه يجدد له هبة مبتدأة ، وأما إن كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الابراء والاسقاط ويفتقر إلى القبض فيما يشترط لقبض فيه، وان عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الالفاظ وافتقر إلى مضي زمن يتأتى القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض

(فصل) فان دفع اليها ألفاً ثم اختلفا فقال دفعتها اليك صداقا وقالت بل هبة فان اختلفا بنية فقالت قصدت الهبة فقال بل قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بغير يمين لانه اعلم بنيته ولا تطلع المرأة عليها، وان اختلفا في لفظه فقالت قد قلت هذي هبة أو هدية فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه عقدا على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها لكن ان كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عرضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع اليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق الف فبعث اليها بقيمته متاعا وثيابا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها قد بعثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع اليه بصداقها ،فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق، فأما اذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت المرأة أنه قال هي هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما وحكي عن مالك أنه ان كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لان الظاهر معها والا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه فكان القول قول المالك كما لو قال اودعتك هذه العين قالت بل وهبتنيها .

(فصل) إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فمن احمد فيه روايتان (إحداهما) يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت الى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها الأجنبي ثم وهبتها له (والرواية الثانية) لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لان الصداق عاد اليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولان نصف الصداق تعجل له بالهبة فان كان الصداق دينا فابرأته منه فان قلنا لا يرجع ثم فههنا أولى ، وان قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان (أحدهما) لا يرجع لان الابراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الاعيان ولهذا لا يفتقر الى قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فابرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما , والثاني) يرجع لأنه عاد اليه بغير الطلاق فهو كالعين ، والابراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها ، وان قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لأنه تعين بقبضها ، وقال ابو حنيفة يرجع ههنا لان الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد اليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح

(فصل) فان مات الزوجان فاختلفت ورثتهما قام ورثة كل واحد منهما مقامه الا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لانه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان مات أحد الزوجين فكذلك وان مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية وأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء قال أصحابه انما قال ذلك إذا تقادم العهد لانه تعذر الرجوع الى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والاوقات وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لانه أقل الصداق .

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين وما ذكروه ليس بصحيح لان الحق لا يسقط لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

(فصل) فان اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الاب مقام الزوجة في اليمين لانه يحلف على فعل نفسه ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه كالزوجة فان لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وانما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فاذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما في البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفة الاب لان قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها

بفعل من جهتها كاسلامها أو ردتها أو ارضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء

(فصل) وان أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع هنا في ربعه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بعينه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والمزني ، وقال ابو حنيفة لا يرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استعجل حقه ، وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا (والثاني) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف

ولنا أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه مالو لم تهبه شيئاً

(فصل) فان خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لانه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعاً بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع وان خالعها بمثل نصف الصداق في ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له من عرض الخلع ولو قالت له اخلعني بما تسلم لي من صداقي ففعل صح وبريء من جميع الصداق وكذلك إن قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر صح وسقط جميعه عنه ، وان خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليها

بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب من غير يمين لانها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب ان يقبل قولها بغير يمين وان ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق فان قلنا القول قول الزوج فلها المتعة وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر المثل هذا إذا طلقها وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين .

(مسئلة) (وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة)

لان الاصل عدمه وإن اختلفا فيما يستقر به فالقول قوله لانه منكر والقول قول المنكر ولان الاصل عدمه .

النصف ، وان خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لأنه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء

(فصل) وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول و بعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالخمر والمجهول لان المهر واجب في هذه المواضع وأما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لانها إسقاط فصحت في المجهول كالطلاق ، وقال الشافعي : لا تصح البراءة في شيء من هذا لان المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الابراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح الا ان تقول أبرأتك من درهم الى الف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الالف وقد دللنا على وجوبه فيما مضى فيصح الابراء منه كما لو قالت أبرأتك من درهم الى الف ، واذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فان قلنا لا يرجع الى المسمى لها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل ان يرجع لانه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل لانه الذي وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة لانها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) وان أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لان المتعة قائمة

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية وان كان انعقد بالسر في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي ان تصادقا على السر لم يكن لها غيره)

ظاهر كلام أحمد أنه يؤخذ بالعلانية على ما رواه الاثرم وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سرا كان أو علانية وحمل كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لانه الذي انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والاوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عتيبة ومالك واسحاق لان العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ، ووجه قول الخرقي أنه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لانه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه فاما ان اتفقا على أن المهر الف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعلا ذلك فالمهر الفان لانها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وهذا أيضا قول القاضي ومذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر الفا والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار إذا قلنا ان الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي الزوج بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد في رواية ابن منصور إذا زوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا بمهر ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء

مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا ان الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأت من جميع صداقها

(فصل) ولو باع رجلا عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه اياه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع امساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول وان كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحدا لان الثمن ما عاد الى البائع منه شيء ولذلك كان يجب أداؤه اليه قبل الفلس بخلاف التي قبلها ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بريء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه اياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه اياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئا لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب ايتائه اياه فكان اسقاطه مقام ايتائه ، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع بشيء ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ

بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ولان النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته المرأة فليس لها سواه وان أكذبته فالقول قولها لأنها منكرة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالاول ولان المهر في العقد الثاني ان كان دخل بها ونصف المهر في العقد الاول ان ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وان أصر على الانكار سئلت المرأة فان ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت وان أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما اقرت به

(فصل) اذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو قول أصحاب الشافعي القديم قال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لايستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وروي ذلك عن أحمد فروي عنه يعقوب بن بختان أنه قال إذا اصدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى (وإن طلقتموهن

الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكراً كانت أو ثيبا ، قال أحمد اذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها ، فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » ؟ قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها انما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال ابو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لان ذلك العادة ولان البكر تستحي فقام أبوها مقامها كاقام مقامها في تزويجها

ولنا انها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كثمن مبيعها وأجر دارها ،وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها في مالها من أبيها أو وصيه أو الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كثمن مبيعها وأجر دارها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته اذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فان كان المنع من قبله لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة اذا كانت لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والانفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لان النفقة في مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها وان كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضا لانها في معنى الناشز لكونها لم تسلم

من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها وقال الله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض؟) والافضاء الجماع ، ولانها مطلقة لم تمس أشبهت ما لم يخل بها .

ولنا اجماع الصحابة فروى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة . ورواه أيضاً عن الاحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن سعيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا . وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان اجماعاً ، وما رواه عن ابن عباس: لا يصح ، قال أحمد يرويه ليث وليس بالقوي وقد رواه حنظلة خلاف مارواه ليث وحنظلة أقوى من ليث وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ولان التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كالو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو سلمتها أو باعتها ، وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل أنه كنى بالسبب عن المسبب الذي هو الخلوة بدليل ماذكرناه ، وأما قوله (وقد أفضى بعضكم إلى بعض) فقد حكي عن الفراء أنه قال الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل لان الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض

(فصل) وحكم الخلوة حكم الوطء في تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها اذا

الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الانفاق وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق اذا طولب به، فاما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها فيه كالصغير والمانعة نفسها فقال أبو عبدالله بن حامد يجب تسليم الصداق وهو قول الشافعي لان المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فانها في مقابلة التمكين ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها فليس لها المطالبة بالاستيفاء الا عند إمكان الزوج استيفاء العوض

(فصل) وامكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحده احمد بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها: فان أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى ان النبي ﷺ بنى بعائشة وهي ابنة تسع قال القاضي وهذا عندي ليس على طريق التحديد وانما ذكره لان الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها فمتى كانت لا تصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها اليه وان ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها لانه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه الى مواقعتها فيفضها أو يقتلها وان طلب أهلها دفعها اليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لانه لا يمكن من استيفاء حقه منها وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضا مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لانه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولان العادة لم تجر بزف المريضة الى زوجها

طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا رجعة له عليها اذا أقر أنه لم يصبها

ولنا قول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة وتفارق الخلوة الوطء في أنها لا تثبت بها الاباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي « أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ولا يثبت بها الاحصان لانه يعتبر لايجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا يجب الغسل لانها ليست من موجبات الغسل اجماعا ولا يخرج بها من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا تزول إلا بحقيقته ولا تحصل بها الفيئة لانها الرجوع عما حلف عليه وانما حلف على ترك الوطء ، ولان حق المرأة لا يحصل إلا بيقين الوطء ولا تفسد بها العبادات ولا تجب بها الكفارة ، وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم ، وحمل القاضي كلام احمد على انه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين أن ذلك يحرم والصحيح أنها لا تحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فان سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لان المرض عارض بعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها وان امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لانه لما لم يجب تسليمها اليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ولان العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة وقال القاضي يلزمه تسلمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسلمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجي زوال ذلك فيها فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها في مادون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وانما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء وان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل ان لا يجب ذلك لانه خلاف العادة فأشبه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم لانه يزول قريبا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج فاذا طلب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها وان عرضت عليه فاباها حتى تطهر فعلى قول القاضي يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ويتخرج على ماذكرنا ان لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال

(فصل) وسواء في ذلك الخلوة بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من الوطء شرعي كالاحرام والصيام والحيض والنفاس أو حقيقي كالجب والعنة والرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ماذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فان وطئها وإلا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في اسقاط النفقة وروي أنه لايكمل الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لم يتمكن من تسليمها لم يجب عليه مهرها كما لو منعت نفسها منه يحققه أن المنع من التسليم لافرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالاجارة، وعنه رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق وإن كان غيره كمل

قال ابو داود سمعت احمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير شهر رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر ؟ قال وجب الصداق ، قيل لاحمد فشهر رمضان ؟ قال شهر رمضان خلاف لهذا ، قيل له فكان مسافراً في رمضان ؟ قال هذا مفطر يعني وجب الصداق وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق ، وقال القاضي إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق ؛ وإن كان يمنع دواعيه كالاحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال ابو حنيفة إن كان المانع من جهتها لم يستقر

(فصل) فان منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالا فلها ذلك قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها، وان قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ثم تجبر هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع

ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر اتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه. فاذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك، وان كان معسرا بالصداق لان امتناعها بحق، وإن كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضا لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه، وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل، وان كان الكل حالا فلها منع نفسها على ماذكرنا فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم لم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع، وذهب أبو عبدالله بن حامد الى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم

الصداق، وإن كان من جهته صيام فرض أو احرام لم يستقر الصداق أيضا وان كان حقا أدعنه كل الصداق لان المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما تلزم الصغير نفقة امرأته اذا أسلمت اليه

(فصل) فان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فادخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب فان كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأومأ إلى أنها اذا نشزت عليه ومنعته نفسها لا يكمل صداقها. وذكره ابن حامد وذلك لانه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه مالو لم يخل بها، وكذلك لو خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لأنه في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء؛

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن احمد انه يكمل به الصداق فانه اذا أخذها فشمها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا اذا نال منها شيئا لا يحل لغيره، وقال في رواية مهنا اذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر، ورواه عن ابراهيم اذا اطلع منها على مايحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضي يحتمل أن هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان؛

يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالاول، فاما ان وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها كالبيع اذا أخذه المشتري من البائع كرها ، وان أخذت الصداق فوجدته معيبا فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه لان صداقها صحيح ، وان لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما اذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير اذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

(فصل) وان أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وان أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها فان قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وان قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر ، ولا يجوز الفسخ الا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية ، وان كان السر قد انعقد به النكاح)

ظاهر كلام الخرقي أن الرجل اذا تزوج المرأة في السر بمهر ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر أنه

(أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن عن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه مسيس فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء ، (والوجه الآخر) لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر أهل العلم لان قول الله تعالى (تمسوهن) انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ولا تجب عليها العدة، ترك عمومه فيمن دخل بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما سواه على مقتضى العموم .

﴿ فصل ﴾ في المفوضة وهي على ضربين (تفويض البضع) وهو أن يزوج الاب ابنته البكر أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر (والثاني) تفويض المهر وهو أن يتزوجها على ماشاءت أو شاء أو شاء أجنبي فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل .

يصح النكاح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم بدليل قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجها رجل ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط

يؤخذ بالعلانية وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الاثرم ، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد ، وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية وحمل كلام احمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لانه الذي ثبت به النكاح وهـذا قول سعيد بن عبدالعزيز وأبي حنيفة والاوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عيينة ومالك واسحاق لان العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ، ووجه قول الخرقي أنه اذا عقد في الظاهر عقدا بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ومقتضى ماذكرنا من التعليل لكلام الخرقي انه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لانه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه . فأما ان اتفقا على أن المهر الف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعلا ذلك فالمهر الفان لانها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجبت كما لو لم يتقدمهما اتفاق على خلافها وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي ، ولافرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر الفاً والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار ، واذا قلنا ان الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لاتأخذ إلا مهر السر . قال أحمد في رواية ابن منصور اذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء بالشرط

وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ماقضيت . رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً

وقال بعض الشافعية لايصح في هذه الصورة لانها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فانه يصح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لان معناهما واحد فما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الاخرى وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر ، وقد ذكرنا أن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل على أنها فاعلة ومن فتح أضافه الى وليها ومعنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه . قال الشاعر :

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعني مهملين والذي ذكره الخرقي تفويض البضع وهو الذي ينصرف اليه اطلاق التفويض

(الضرب الثاني) تفويض المهر وهو أن يجعلا الصداق الى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام احمد

لئلا يحصل منهم غرور ولان النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي اذا ادعى الزوج عقدا في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل قصد فيه فليس لها سواه ، وان انكرته فالقول قولها لأنها منكرة ، وان أقرت به وقالت هما مهران في نكاحين وقال بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه فالقول قولها لان الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكما كالاول ولها المهر في العقد الثاني ونصف المهر في العقد الاول ان ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وان أصر على الانكار سئلت المرأة فان ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت ، وان أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به

(فصل) اذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل أن يكون لهن ولي واحد كبنات الاعمام أو موليات لمولى واحد أو من ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلا واحدا فعقد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح وبهذا قال ابو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي (والقول الثاني) ان المهر فاسد ويجب مهر المثل لان ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم

ولنا أن الفرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا فان الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي . وقال

لانها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل. والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك ، فأما إن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير اذنها في ذلك فانه يجب مهر المثل ، وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا الصورة الاولى وقد مضى الكلام معه في أن للاب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فلذلك يجوز تفويضه

﴿ مسئلة ﴾ (ولها المطالبة بفرضه لان النكاح لا يخلو من المهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره)

وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو لا ، وقال الشافعي في قوله لا يصح الفرض لغير مهر المثل الا مع علمها بمهر المثل لان ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً

ولنا أنه اذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا يمنع من ذلك ، قولهم انه بدل لا يصح فان البدل غير المبدل والمفروض ان كان ناقصاً فهو بعضه وان كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ، ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لانه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا

وقد روى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ لرجل « أترضى أني أزوجك فلانة؟ » قال : نعم ، وقال للمرأة « أترضي أن أزوجك فلاناً ؟ » قالت نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه فدخل عليها

ابو بكر يقسم بينهن بالسوية لانه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسواء، وان اختلفت رؤس أموالهم، ولان القول بتقسيطه يفضي الى جهالة العوض لكل واحدة منهن وذلك يفسده

ولنا أن الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو كما لو ابتاع عبدين فوجد أحدهما حراً أو مغصوبا ، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين فاذا أحدهما حر انه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فاذا إحداهما حرة انه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيبا فرده لرجع بقسطه من الثمن ، وما ذكره من المسئلة غير مسلم له وان سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والاقرار فليس فيهما قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وإفضاؤه الى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسئلة إذا خالع امرأتين بعوض واحد أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر المهرين وفي الكتابة على قدر قيمة العبيد ؛ وعلى قول أبي بكر يقسم بالسوية في المسئلتين

(فصل) وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها بحصتها من المسمى و به قال الشافعي على قول

ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً واني قد أعطيتها عن صداقها سهمي الذي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ، فاما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فان لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه مالم ترض به كحالة الابتداء ، وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولم يثبت لها بفرضه مالم ترض به . فان ارتفعا الى الحاكم فليس له ان يفرض لها الا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها، ولا يحل الميل ولانه انما يفرض له بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة اذا تلفت يرجع الى تقويمها بقول اهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل الى امكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في انه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء رضيت به اولم ترض كما يلزم ماحكم به .

(فصل) وان فرض لها اجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزوج ولا حاكم فان سلم اليها ما فرض لها فرضيته احتمل ان يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما اعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل ان يصح لانه يقوم مقامه في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء مايوجبه العقد غير المسمى ؛ فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول

وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتي يصح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا أنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده، وما ذكروه ليس بصحيح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح ويقسط الالف على صداقها وقيمة الدار ، وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر المثل . وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح البيع والمهر لافضائه الى الجهالة

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين فان قال زوجتك ولك هذا الالف بألفين لم يصح المهر لانه كمسئلة مد عجوة

(فصل) وان تزوجها على الف إن كان أبوها حياً وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لان حال الاب غير معلومة فيكون مجهولا وان قال زوجتك على الف ان لم أخرجك من دارك وعلى ألفين ان أخرجتك منها أو على الف ان لم يكن لي امرأة وعلى ألفين ان كانت لي امرأة فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين . وقال القاضي

رجع نصفه الى الزوج لانه ملكه اياه حين تقضى به دينا عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو . ولاصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين ولهم وجه ثالث انه يرجع بنصفه الى الاجنبي وذكره القاضي لنا وجها ثالثاً

قال شيخنا وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو ان رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ، ثم ان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه اليه وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع الى من قضاه .

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وانما يسقط الى المتعة بالطلاق وهذا مذهب ابي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح انه يجب بالعقد وقال بعضهم لايجب بالعقد قولا واحداً ولا يجيء على اصل الشافعي غير هذا لانه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجبا كالمسمى ولانه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ولان النكاح لايجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه والى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لان الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل ماسمى لها إلى نصف المسمى لها، فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لان المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد بغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه

وأبو بكر في الجميع ، والثاني (إحداهما) لا يصح واختاره أبو بكر لان سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع (والرواية الثانية) يصح لان الفا معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فان وجد الشرط كان زيادة في الصداق والصداق تجوز الزيادة فيه والاولى أولى ، والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين [أحدهما] ان الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال ان مات أبوك فقد زدتك في صداقك الفا لم تصح ولم تلزم الزيادة عند موت الاب

(والثاني) ان الشرط ههنا لم يتجدد في قوله ان كان لي زوجة أو ان كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الالف فيه معلوم الوجود ليكون الالف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسئلتين اللتين صحت التسمية فيهما فان خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس أحد الصورتين على الاخرى ولا يكون في كل مسئلة إلا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الآخرتين والبطلان في المسئلة الاولى وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به

(فصل) وان تزوجها على طلاق امرأة له أخرى لم تصح التسمية ولها مهر مثلها وهذا اختيار

ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لان الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الامة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئاً سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، وبه قال سعيد ابن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً قال الزهري مضت السنة ان لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً قال ابن عباس يخلع احدى نعليه ويلقيها اليها وروى أبو داود باسناده عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال « أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها ورواه ابن عباس أيضاً قال لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله ﷺ « اعطها شيئاً » قال ما عندي قال « أعطها درعك الحطمية » رواه أبو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئاً وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً رواه ابن ماجه ولانه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة ، وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً موافقة

أبي بكر وقول أكثر الفقهاء لان هذا ليس بمال وانما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولان النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفيء مافي صحفتها ولتنكح فانما لها ماقدر لها » صحيح وروي عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ انه قال « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى » ولان هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجرا في اجارة فلم يصح صداقا كالمنافع المحرمة .فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمراً ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه ان طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى ان التسمية صحيحة لانه شرط لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح صداقا كعتق أبيها وخياطة قميصها ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا ان لم يطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة لانه سمى لها صداقا لم يصل اليه فكان لها قيمته كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل ان لها مهر مثلها لان الطلاق لاقيمة له ،وان جعل صداقها ان طلاق ضرتها اليها الى سنة فلم تطلقها فقال أحمد اذا تزوج امرأة وجعل طلاق الاولى مهر الاخرى الي سنة أو الى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئا رجع الامر اليه، فقد أسقط أحمد حقها لانه جعله لها الى وقت فاذا مضي الوقت ولم تقض فيه شيئا بطل تصرفها كالوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يسقط لانها تركت ماشرط لها باختيارها

الاخبار والعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المعوضة عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم

(مسألة) (وإن مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ولها مهر نسائها)

إذا مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض فللآخر الميراث بغير خلاف فيه فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا وعقد الزوجية هاهنا صحيح ثابت فيورث به لدخوله في عموم النص

(فصل) (ولها مهر نسائها وعنه أنه يتنصف بالموت الا أن يكون قد فرضه لها) ظاهر المذهب أن لها مهر نسائها وهو الصحيح إن شاء الله تعالى واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري واسحاق.وروي عن علي وابن مسعود وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والاوزاعي لامهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية وعن أحمد رواية أخرى لا يكمل وتنصف اذا لم يكن فرضه لها لان المفروض لها تخالف التي لم يفرض لها في الطلاق فجاز أن تخالفها بعد الموت وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقا ولم

فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فأعتقته (والثاني) لا يسقط لانها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع الى مهر مثلها او الى مهر الاخرى ؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد قال : في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز فان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الاول والذي زادها وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد فان زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة ، وان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة . قال القاضي وعن أحمد مثل ذلك فانه قال : اذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعا فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للأمة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد، وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعي بأن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا تكون عوضا في النكاح كما لو وهبها شيئا ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما في البيع

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن

يدخل بها حتى مات فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل ابن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق مثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهو نص في محل النزاع ولان الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل المفوضة كالدخول، وقياس الموت على الطلاق لا يصح فان الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل اتمامه وكذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق فانها زوجة مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولان المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فوجب ان لا يختلفا ههنا وإن كان قد فرضه لها لم يتنصف بالموت على الروايتين جميعا

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة)

اذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها الا المتعة نص عليه احمد في رواية جماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى لها محرما، وقال مالك والليث وابن أبي ليلى المتعة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى قال (حقا على المحسنين) فخصهم بها فيدل على أنها على سبيل الاحسان والتفضيل والاحسان ليس بواجب ولانها لو كانت واجبة لم يخص المحسنين دون غيرهم

لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة ، وقولهم أنه لم يملك به شيئا من المعقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان الملك ماحصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بها جميعا كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها. اذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تتنصف بالطلاق ولا تفتقر إلى شروط الهبة وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه ، وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ ، وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لاتتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة فانها تسقط لكونها عدة غير لازمة . فان كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره) والامر يقتضي الوجوب وقال تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن) ولانه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً فلم يعر عن العوض كما لو سمي مهراً واداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبله فلها نصف مافرض لها ولا متعة وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد ، وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عري عن تسمية فوجبت المتعة كما لو لم يفرض لها

ولنا قوله تعالى(وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) ولانه مفروض يستقر بالدخول فيتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد

(فصل) والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والحرة والامة والمسلم والذمي والمسلمة والذمية وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية وقال الاوزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة

ولنا عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولان ما يجب من الفرض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر

(فصل) فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجها على ماشاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا اصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الاولاد لها ورجع بنصف الامهات الا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيرا بين ان يأخذ نصف قيمتها وقت مااصدقها او يأخذ نصفها ناقصة)

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة لها وان نقص فعليها ، واذا كانت غنما فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لانه نماء ملكها ويرجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لأنه نصف مافرض لها ، وقد قال الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وان كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا لانه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يرجع في نصف الاصل ، وانما يرجع في نصف القيمة لأنه لا يجوز فسخ العقد في الاصل دون النماء لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه في الاصل بدونه

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض وما ذكروه غير صحيح لان الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد انما هو من موجبات الملك اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده إلا أن يكون قدمنعها قبضه فيكون النقص من

اذنها بغير صداق أو التي مهرها فاسد فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لانه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء . ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ، وتفارق التي رضيت بغير عوض فانها رضيت بغير صداق وعاد نصفها سليما فترضت المتعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما سقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه اذا جاء من قبلها لا يجب به متعة لانها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في كل موضع يسقط كما تسقط الابدال اذا سقط مبدلها

(فصل) قال أبو داود ، سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرا ثم وهب لها غلاما ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة ، وذلك لان الهبة لا تنتقص بها المتعة كما لا ينتقص بها نصف المسمى وكأن المتعة انما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولانها واجبة فلا تنقص بالهبة كالمسمى

﴿ مسئلة ﴾ (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها)

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره واعساره نص عليه أحمد وهو وجه لاصحاب

ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالاولاد ، وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة اذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الاولاد أيضا لان الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد وما دخل في التسليم المستحق ينتصف بالطلاق كالذي دخل في العقد .

ولنا قول الله تعالى (فنصف مافرضتم) وما فرض ههنا الا الامهات فلا ينتصف سواها ولان الولد حدث في ملكها فأشبه ماحدث في يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسري وحق التسليم لا سراية له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قدطالبته به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لانه تبع لأمه

(فصل) والحكم في الصداق اذا كان جارية كالحكم في الغنم فاذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضي إلى التفريق بين الام وولدها في بعض الزمان وكما لايجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لايجوز في بعضه فيرجع أيضا في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لاغير

(فصل) وإن كان الصداق بهيمة حاملا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه

الشافعي والوجه الآخر هو معتبر بحال الزوجة لان المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزيء في المتعة مايقع عليه الاسم كما يجزيء في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ولانها تختلف ولو اجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لماكان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره .إذا ثبت هذافقد اختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه أعلاها خادم اذا كان موسرا وان كان فقيراً متعها كسوتها درعا وخمارا وثوبا تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن قال ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري والاوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي قالوا درع وخمار وملحفة .

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد يرجع في تقديرها إلى الحاكم)

وهو أحد قولي الشافعي لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات وعنه يجب لها نصف مهر المثل ذكرها القاضي في المجرد فقال هي مقدرة بما يضاف مهر المثل لانها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، قال شيخنا وهذه الرواية تضعف لوجهين

قبولها وليس ذلك معدوداً نقصا ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لان الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها ، وإن اتفقا على تنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين الجارية وولدها وزاد الولد في ملكها فان طلقها فرضيت ببذل النصف من الام والولد جميعا أجبر على قبولها لانها زيادة غير متميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدهما) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ويفارق ولد المغرور ، فان وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسئلتنا .

(والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع في احداهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه ، وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كانه حادث

(فصل) اذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص في يد الزوج قبل تسليمه اليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه لأنه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً

(أحدهما) أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجها

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف مهر المثل لكانت نصف مهر المثل إذ ليس المهر معينا في شرعه ، ووجه الرواية الاولى قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص باسناده وقدرها بكسوة يجوز لها الصلاة فيها لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة ، وروي كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر الكلبية فمتعها بجارية سوداء يعني متعها قال ابراهيم العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لان الحق لهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع المرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق *

﴿مسئلة﴾ (فان دخل بها استقر مهر المثل لان الوطء في نكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ فان طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أصحهما لا تجب)

كل من وجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداقا أو لم يسم لها لكن فرض لها بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمى لها وهو قديم قولي الشافعي

وروي عن أحمد لكل مطلقة متاع وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحسن

مع ارش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ماكانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها لأنه ان زادفلها وان نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الاسعار لانها ليست من ضمان الغاصب فههنا أولى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصدقها أرضا فبنتها داراً أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ماأصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره)

انما كان له نصف القيمة لانه قد صار في الارض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لانه حقه وزيادة ، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي له ذلك ، قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لانها تجبر على قبوله لان بيع البنا معاوضة فلا يجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر لان الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فاذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع اذا أخذ الارض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها ، وكذلك اذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) ولقوله سبحانه لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك — الى قوله — فتعالين أمتعكن) فعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو سمي لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرنا وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبدالله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر إلا حنبلا روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

واما قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) الآية فخص الاولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين واثباته لكل قسم حكما فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه وهذا يخص ماذكروه ويحتمل أن يحمل الامر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب كدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعا بين دلالات الآيات والمعنى فانه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولانها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها

(فصل) قد ذكرنا أن الزوج إذا طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا

(فصل) اذا أصدقها نخلا حائلا فأثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فان جذها بعد تناهيها وجعلها في ظروف والقى عليها صقراً من صقرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ وهذا يفعله أهل الحجاز حفظا لرطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا تنقص قيمة الثمرة والصقر بل كانا بحالهما أو زادا فانه يردهما عليها ولا شيء عليه (الثاني) أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين (أحدهما) أن يكون نقصهما متناهيا فانه يدفعهما اليها وأرش نقصهما لانه تعدى بما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة (الثاني) هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه (الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها واخذ ظروفها ان كانت الظروف ملكه واذا نقصت فالحكم على ماذكرناه ، وان قال الزوج انا اعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لان ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لان الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها

(فصل) فان كانت بحالها إلا إن الصقر المتروك على الثمرة ملك الزوج فانه ينزع الصقر ويرد الثمرة والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتي قبلها فان قال أنا أسلمها مع الصقر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له رده اذا قالت انا أرد الثمرة وآخذ الاصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرناها في موضعها

متعة لواحدة منهن على رواية حنبل وذكرنا قول من ذهب اليه فظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك . إذا ثبت هذا فانه يستحب أن يمتعها نص عليه أحمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فان كان قد سمى لها صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا ، وانما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالته على ايجابها وقول علي ومن سمينا من الائمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الادلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالاجماع لان النص العام لم يتناولها وانما تناول المطلقات ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ومهر المثل معتبر بما يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمها) يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها وقال مالك يعتبر بمن هي في مثل حالها ومالها وشرفها ولا يختص باقرباتها لان الاغراض انما تختلف بذلك دون الاقارب

وانا قوله في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وماذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب اليهن ، وقوله انما يختلف بهذه الاوصاف دون الاقارب لا يصح لان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر بذلك ويقل

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطء في غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته لان المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كالو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق[1] للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها او غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك له فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لانه نقصها باحبالها ، وهل لها الارش مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الارش لانها نقصت بعدوانه أشبه مالو نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولا واحداً لان النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح

(١) في نسخة رهن

وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيعتبر ذلك دون سائر الصفات، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبر بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية اسحاق بن هاني، لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر

وهذا مذهب ابي حنيفة وابن أبي ليلى لانهن من نسائها والاولى أولى فانه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في تزويج بنت واشق بمثل مهر نساء قومها، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا يساويانها في شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة ، وقد تكون أمها قرشية وهي غير قرشية ، وينبغي أن يكون الاقرب فالاقرب ، فأقرب نساء عصباتها أخواتها لأبيها ، ثم عماتها ، ثم بنات عمها الاقرب فالاقرب

﴿ مسئلة ﴾ (وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والادب والسن والبكارة والثيوبة والبلد) وصراحة نسبها وكل ما يختلف لاجله الصداق وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لان مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فان لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يوجد الا دونها زيدت بقدر فضيلتها) لان زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة ، وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع

(فصل) ويجب مهر المثل حالا لانه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون الا من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لانها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هي مقدرة بالشرع فكانت بحكم ماجعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الابدال فيمن وجب عليه فكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها

(فصل) اذا أصدق ذمي ذمية خمرا فتخللت في يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لانها قد زادت في يدها بالتخلل والزيادة لها،وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها،وإن تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لان الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها اذا ترافعها الينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما

(فصل) اذا تزوج امرأة فضمن ابوه نفقتها عشر سنين صح ذكره ابو بكر لان اكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان مالم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح الا ضمان نفقة المعسر لان غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح اصلا لانه ضمان ما لم يجب

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت عادة نسائها تأجيل المهر فرض مؤجلا في أحد الوجهين)

لانه مهر مثلها (والثاني) يفرض حالا لما ذكرنا وان كان عادتهم التخفيف عن عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي ، فان قيل فاذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات ، قلنا النكاح يخالف سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات،فان المرأة ان كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفاً ، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف واليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها)فان عدم ذلك اعتبرنا أقرب النساء شبهاً بها من أقرب البلاد اليها من غيرهم كما اعتبرنا قرابتها البعيد اذا لم يوجد القريب .

(فصل) قال رضي الله عنه (فأما النكاح الفاسد فمتى افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر) لان المهر يجب بالعقد والعقد فاسد،فان وجوده كالعدم ولانه عقد فاسد فيخلو من العوض كالبيع الفاسد

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهي أصح)

المنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها » قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال باسنادهما ، وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم تجب الزيادة بعقد غير صحيح ، والصحيح وجوب مهر المثل ، أومأ اليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي لقول النبي ﷺ « فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها

ولنا أن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا

(فصل) ويجب المهر للمنكوحة نكاحا صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه ، ويجب للمكرهة على الزنا وعن أحمد رواية أخرى أن لا مهر لها ان كانت ثيبا ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر القاضي ان احمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا أكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا

ولنا قول النبي ﷺ « فلها المهر بما استحل من فرجها وهذا حجة على أبي حنيفة فان المكره مستحل لفرجها فان الاستحلال الفعل في غير موضع الحل كقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كاتلاف المال وأكل طعام الغير

المهر بالاصابة، والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها شيء واذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجباً بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان القسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى ، وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالاصابة فيوجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستقر بالخلوة)

وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال أصحابنا يستقر قياساً على العقد الصحيح ونص عليه أحمد والاول أولى لان الصداق لم يجب بالعقد وانما أوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه الخلوة بالاجنبية ولان النبي ﷺ إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد ذلك في الخلوة بغير إصابة وقد ذكرناه .

(فصل) اذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فان امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد ، وقال الشافعي لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق الى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير فرقة يفضي الى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل

ولنا على أنه لايجب الارش أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لايختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية يحققه أنه اذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها الا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه والله أعلم

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لامهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طاريء ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في من حرمت بالرضاع لانه طاريء أيضاً ،

التفريق لم يصح الثاني ولم يجز تزويجها حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما ومتى كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وان كان بعد الدخول فلها المهر لما ذكر وان تكرر الوطء لم يجب به أكثر من مهر واحد بدليل قوله عليه الصلاة السلام « فلها المهر بما استحل من فرجها » ولانه إصابة في عقد أشبه الاصابة في العقد الصحيح

(مسئلة) (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة)

وأما الموطوءة بشبهة فيجب لها مهر المثل بغير خلاف علمناه ويجب للمكرهة على الزنا في ظاهر المذهب ، وعن أحمد لايجب لها مهر إن كانت ثيبا اختاره أبو بكر ولا يجب معه أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد ذكر في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا أكرهها على الزنا فعليه المهر وارش البكارة وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا قول النبي ﷺ « فلها المهر بما استحل من فرجها » وهي حجة على أبي حنيفة فان المكرهة مستحل لفرجها فان الاستحلال الفعل في غير موضع الحل لقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة أيضاً على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير ارش ولانه استوفى مايجب بدله بالشبهة وفي العقد الفاسد فوجب بالتعدي كاتلاف المال وأكل طعام الغير

ولنا انه لايجب الارش لانه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه ارش كسائر الوطء يحققه ان المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لايختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ولا يجب عوضها مرة ثانية يحققه انه اذا أخذ ارش البكارة مرة لم يجز أخذه

وعن أحمد رواية أخرى أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالام والبنت والاخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لان تحريمها أخف

ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الامة ولانه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالاجنبية ، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال ، وبهذا فارق اللواط فانه ليس بمضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببدله ، ولا هو اتلاف لشيء فأشبه القبلة ، والوطء دون الفرج ولا يجب للمطاوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لان الحق لغيرها فأشبه مالو بذلت قطع يدها

مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ولا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع ارش البكارة هو مهر البكر فلا تجوز الزيادة عليه

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى ان النساء من ذوات محارمه لا مهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يجب به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طارئ ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لانه طارىء أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى ان من تحرم ابنتها لا مهر لها كالام والبنت والاخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لان تحريمها أخف. ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولانه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالاجنبية ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال وبهذا فارق اللواط فانه غير مضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببدله ولا هو اتلاف لشيء فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ، وقال في المحرر يجب بوطء المرأة في الدبر كالوطء في القبل والاول أولى لانه ليس بسبب للبضعية أشبه اللواط ، ولا يجب للمطاوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب شيء كما لو أذنت له في قطع يدها نقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لان الحق لغيرها فأشبه مالو بذلت قطع يدها

(فصل) ومن طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد .

ولنا أن المفروض تنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عري عن العقل فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره فاما من نكاحها باطل بالاجماع

(فصل) ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد

ولنا أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره

(فصل) ومن نكاحها باطل بالاجماع كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال، وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لانه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه، وان جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لانه وطء شبهة

وقد روى ابو داود باسناده أن رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق. وفي لفظ قال «الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدوها»

كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لانه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لانه وطء شبهة وقد روي أبو داود باسناده ان رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لاربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها وفي لفظ قال «الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدوها» وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج امرأة من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال بل أنت أحق بمالك. قالت فاشهدوا أن ما كان لي عند عكرمة من صداق فهو له. فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه

﴿مسئلة﴾ (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه ارش بكارتها)

وقال القاضي يجب مهر المثل اذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها فعليه ارش بكارتها وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف حر لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع في ديته الي الحكومة كسائر ما لم يقدر ولانه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الاجنبي أولى وروي عن أحمد أن لها صداق نسائها اختاره القاضي وقال أحمد إن تزوج امرأة فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف المهر وعلى الاخ نصفه روي عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان فروى سعيد ثنا هشيم ثنا مغيرة عن ابراهيم أن رجلا كان عنده أجنبية فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت نسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها انها فجرت فأخبر علي رضي الله عنه بذلك فأرسل إلى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن فقال للحسن بن علي اقض فيها يا حسن فقال الحد على من قذفها والمهر عليها وعلى الممسكات فقال علي لو كلفت

وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيدالله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيدالله فقدم فخاصمهم إلى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدي عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لي على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه .

(فصل) والصداق اذا كان في الذمة فهو دين اذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص ، قال احمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات: ما ترك بين الغرماء. والمرأة بالحصص وذلك لان نكاح المريض صحيح والصداق دين فيساوى سائر الديون

الابل طحناً لطحنت ومايطحن يومئذ بعير قال ثنا هشيم أنا اسماعيل بن سالم أخبرنا الشعبي أن جواري أربعاً قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها فعمدت اليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أربعاً وألقى حصة التي أمكنت من نفسها فبلغ ذلك عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها وهذه قصص نشرت ولم تنكر فكانت اجماعا ولان اتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فاذا أتلفه أجنبي وجب المهر كنفقة البضع والقول الاول هو القياس لولا ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم وأرش البكارة ما بين مهر البكر والثيب والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (فان فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى)

وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لانه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فأشبه ما لو أذهبها بالوطء .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا فان أحمد قال إذا فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج أولى فان ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقدير الصداق وقد روي عن أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها أو نظر اليها وهي عريانة أن عليه الصداق كاملا فهذا أولى

﴿مسئلة﴾ (وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالا)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها فان قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أسلمها أجبر على تسليم الصداق أولا ثم تجبر

(فصل) وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل اسلامها أو ردتها أو ارضاعها من ينفسخ النكاح بارضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخت لاعساره أو عيبه أو لعتقها تحت عبد أو فسخه بعيبها فانه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة لانها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه ، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمي لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح اذا جاء الفسخ من قبل أجنبي ، وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لانها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج في الايلاء فهو كطلاقه لانه قام مقامه في إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه وفي فرقة اللعان روايتان

هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع

ولنا أن في اجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فاذا تقرر ذلك فلها النفقة إن امتنعت لذلك وإن كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق فان كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى منها بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه فان كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فهل لها ذلك ؟ على وجهين وقد توقف أحمد رحمه الله عن الجواب في هذه المسئلة وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمنع نفسها بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها الاول فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها فهو كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرها فان أخذت الصداق فوجدت به عيباً فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها ارشه لان صداقها صحيح وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على وجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدالها أن تمتنع والاولى ههنا أن لها الامتناع لانها انما سلمت نفسها ظناً أنها قد قبضت صداقها بخلاف المسئلة المقيس عليها

وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها، ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البدل

(احداهما) هي كطلاقه لان سبب اللعان قذفه الصادر منه (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته وفي فرقة شرائها لزوجها أيضاروايتان

(احداها) يتنصف بها مهرها لان البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمرأة فأشبه الخلع (والثانية) يسقط المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخها لعنته وفيما اذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها ، واذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لان المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد ، وانما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب والله أعلم .

ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالا)

اختاره أبو بكر لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم العوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وفيه وجه آخر ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد قال شيخنا وهو الصحيح لانه دين فلم ينفسخ بالاعسار به كالنفقة الماضية ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كان مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسراً به وليس الاكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسراً به وفيه وجه ثالث أنه ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله فان كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه وللشافعي نحو هذه الوجوه وقيل إذا أعسر بعد الدخول انبنى على منع نفسها إن قلنا لها منع نفسها بالدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين آخر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم)

لانه فسخ يجتهد فيه مختلف فيه فأشبه الفسخ للعنة والفسخ للاعسار بالنفقة ولانه لو فسخ بغير حكم اعتقدت أن النكاح انفسخ وأبيح لها أن تتزوج والزوج يعتقد أنها زوجته لم ينفسخ نكاحها فيصير للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له وتحريمها على الآخر وهذا لا يجوز في الاسلام وفيه وجه آخر أنه يجوز بغير حكم حاكم كخيار المعتقة تحت العبد والصحيح الاول ولا يصح قياسه على المعتقة لان ذلك متفق عليه وهذا مختلف فيه

كتاب الوليمة

الوليمة اسم الطعام في العرس خاصة لايقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث الا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لانهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب ، والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والخرسة عند الولادة ، والوكيرة دعوة البناء يقال وكر وخرس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف ، والعقيقة الذبح لاجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه　　الخرس والاعذار والنقيعه

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب ، والآدب صاحب المأدبة. قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعوا الجفلى　　لايرى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقري هو أن يخص قوما دون قوم

﴿ باب الوليمة ﴾

وهي اسم لدعوة العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة وقال بعض أصحابنا وغيرهم إنها تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لانهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والخرسة ، عند الولادة والذكيرة دعوة البناء يقال ذكر وخرس مشدد والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف والعقيقة الذبح لاجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه　　الخرس والاعذار والنقيعه

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب والآدب صاحب المأدبة قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى　　لا يرى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقرى هو أن يخص قوما دون قوم

﴿مسألة﴾ (وهي مستحبة)

لا خلاف بين أهل العلم في ان الوليمة في العرس سنة مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب لمن تزوج ان يولم ولو بشاة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت « أولم ولو بشاة » وقال أنس ماأولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني فأدعو له الناس فأطعمهم خبزاً ولحما حتى شبعوا ، وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيسا في نطع صغير ثم قال « ائذن لمن حولك » فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية ، متفق عليهن ، ويستحب أن يولم بشاة ان أمكنه ذلك لقول رسول الله ﷺ لعبد الرحمن « أولم ولو بشاة » وقال أنس ماأولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ماأولم على زينب أولم بشاة ، لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس ، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير ، رواه البخاري

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ امر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة فكانت واجبة

ولنا انها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمة والخبر محمول على الاستحباب بدليل ماذكرناه

وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال له تزوجت «أولم ولو بشاة »وقال أنس ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني أدعو له الناس فاطعمهم لحماً وخبزاً حتى شبعوا وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ بها ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيساً في نطع صغير ثم قال« ائذن لمن حولك »فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية متفق عليهن ويستحب أن يولم بشاة لحديث عبدالرحمن بن عوف وقال أنس ماأولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ماأولم على زينب أولم بشاة لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة

ولنا أنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الاطعمة والخبر محمول على الاستحباب لما ذكرنا وكونه أمر بشاة ولاخلاف في أنها لاتجب وماذكروه من المعنى لاأصل له ثم هو باطل بالسلام ليس هو بواجب واجابة المسلم واجبة .

﴿مسئلة﴾ (والاجابة اليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الاول)

وكونه أمر بشاة ولا خلاف في انها لا تجب وماذكروه من المعنى لا أصل له ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب وإجابة المسلم واجبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعلى من دعي ان يجيب)

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الوليمة لمن دعي اليها اذا لم يكن فيها لهو وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأبو حنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض الكفايات لان الاجابة إكرام وموالاة فهي كرد السلام

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها » وفي لفظ قال قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم اليها » وقال أبو هريرة شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله . رواهن البخاري ، وهذا عام، ومعنى قوله شر الطعام طعام الوليمة والله أعلم أي طعام الوليمة التي يدعى اليها الاغنياء ويترك الفقراء ولم يرد ان كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا أمر بالاجابة اليها ولا فعلها ولان الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجبت عليه الاجابة

(فصل) وانما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين فان

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الوليمة لمن دعي اليها إذا لم يكن فيها لهو ، وبه يقول مالك والشافعي والثوري والعنبري وأبوحنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض الكفايات لان الاجابة اكرام وموالاة فهي كرد السلام

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها » وفي لفظ قال: قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم اليها » وقال أبوهريرة شر الطعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواهن البخاري، وهذا عام في معنى قوله شر الطعام طعام الوليمة والله أعلم أي طعام اليمة التي يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا أمر بالاجابة اليها ولا فعلها ولان الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجب عليه الاجابة

(فصل) وانما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بان يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين

﴿مسئلة﴾ (فان دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أدعو كل من لقيت أو شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولانه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك اجابته وتجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

دعا الجفلى بأن يقول يا أيها الناس أجيبوا الى الوليمة أو يقول الرسول أمرت ان أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولانه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته، وتجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء

(فصل) واذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الخلال باسناده عن أبي انه أعرس ودعى الانصار ثمانية أيام واذا دعي في اليوم الاول وجبت الاجابة وفي اليوم الثاني تستحب الاجابة وفي اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد الاول يجب والثاني ان أحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضا .ودعي سعيد الى وليمة مرتين فأجاب فدعي الثالثة فحصب الرسول ،رواه أبو دواد والخلال

(فصل) والدعاء الى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبو داود ، وقال عبدالله بن مسعود اذا دعيت فقد أذن لك رواه الامام أحمد باسناده

(فصل) فان دعاه ذمي فقال أصحابنا لا تجب إجابته لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ولكن تجوز اجابتهم لما روى أنس أن يهوديا دعا النبي ﷺ الى خبز شعير وإهالة سنخة فاجابه ذكره الامام احمد في الزهد

﴿ مسئلة ﴾ (أو دعاه فيما بعد اليوم الاول)

اذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الخلال باسناده عن أبي أنه أعرس فدعا الانصار ثمانية أيام فمتى دعا فيما بعد اليوم الاول فان كان في اليوم الثاني استحبت الاجابة ولم تجب وفي اليوم الثالث لا تستحب . قال أحمد الاول يجب والثاني يستحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وروي عن سعيد بن المسيب أنه دعي الى وليمة عرس مرتين فاجاب فدعي الثالثة فحصب الرسول رواه الخلال .

(فصل) فان دعاه ذمي لم تجب الاجابة قال أصحابنا لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة وتجوز اجابتهم لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه يهودي الى خبز شعير واهالة سنخة فأجابه ذكره الامام أحمد في الزهد

﴿ مسئلة ﴾ (وسائر الدعوات والاجابة اليها مستحبة غير واجبة لما فيها من اطعام الطعام

(فصل) فان دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق أحدهما أجاب السابق لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لأنها غير ممكنة مع اجابة الاول ، فان استويا أجاب أقربهما منه بابا لما روى ابو داود باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « اذا اجتمع داعيان فاجب اقربهما بابا فان أقربهما بابا أقربهما جوارا فان سبق أحدهما فاجب الذي سبق » وروى البخاري باسناده عن عائشة قالت قلت يارسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدي قال « اقربهما منك بابا » ولان هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني فان استويا اجاب اقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فان استويا اجاب ادينهما فان استويا اقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يحب ان يطعم دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أمر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائما كان أو مفطرا نص عليه أحمد لكن ان كان المدعو صائما صوما واجبا أجاب ولم يفطر لان الفطر غير جائز فان الصوم واجب والاكل غير واجب، وقد روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان كان صائما فليدع وان كان مفطرا فليطعم » رواه ابو داود وفي رواية فليصل يعني يدعو ودعي ابن عمر الى وليمة فحضر ومديده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم ، وان كان صوما تطوعا استحب له الاكل لان له الخروج من الصوم فاذا كان في الاكل اجابة أخيه المسلم وادخال السرور على قلبه كان أولى وقد روي ان النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة

وكذلك الاجابة اليها) وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقال العنبري تجب الاجابة الى كل دعوة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غير عرس » رواه أبو داود

ولنا أن الصحيح من السنة انما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من اهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه وقال عثمان بن أبي العاص كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد في المسند ولان التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها، واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر، وقد روى البراء ان النبي ﷺ أمر باجابة الداعي متفق عليه ولانه جبر قلب للداعي وتطييب قلبه وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما غير دعوة العرس في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها وهي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى

فاعتزل رجل من القوم ناحية قال اني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت » وان احب اتمام الصيام جاز لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل، وقد روى أبو حفص باسناده عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال إني صائم ولكنني أحببت أن أجيب الداعي فادعو بالبركة، وعن عبد الله قال اذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل إني صائم وإن كان مفطرا فالاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه ذلك، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر أنه يلزمه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطرا فليطعم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح، ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطرا وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل

(فصل) اذا دعي الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه الانكار وازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر وان لم يقدر على الانكار لم يحضر وان لم يعلم بالمنكر حتى حضر ازاله فان لم يقدر انصرف ونحو هذا قال الشافعي وقال مالك اما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم وقال أصبغ ارى ان يرجع وقال ابو حنيفة اذا وجد اللعب فلا بأس ان يقعد فيأكل

﴿ مسئلة ﴾ (واذا حضر وهو صائم صوماً واجباً لم يفطر وان كان نفلا أو مفطراً استحب له الاكل وان أحب دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أمر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائما كان أو مفطراً نص عليه أحمد لكن ان كان صومه واجبا أجاب ولم يفطر لان الفطر محرم والاكل غير واجب وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان كان صائما فليدع وان كان مفطراً فليطعم » رواه أبو داود وفي رواية فليصل يعني يدعو، ودعي ابن عمر الى وليمة فحضر ومد يده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم وان كان صائما تطوعاً استحب له الاكل لان له الخروج من الصوم ولان فيه ادخال السرور على قلب أخيه المسلم وقد روي أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال اني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت وان أحب اتمام الصيام » جاز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفعله ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل فقد روى أبو حفص باسناده عن عثمان بن عفان أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال اني صائم

وقال محمد بن الحسن إن كان ممن يقتدى به فأحب إلي أن يخرج ، وقال الليث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والاصل في هذا ما روى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأى قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلي الحقه فقل له ما أرجعك يارسول الله فقال انه ليس لي أن أدخل بيتا مزوقا حديث حسن ، وروى ابوحفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبدالله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يانافع أتسمع حتى قلت لا فأخرج أصبعيه من أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع رواه أبو داود والخلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فنع منه كما لو قدر على ازالته ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر .

(فصل) فان رأى نقوشا وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك لان تلك نقوش فهي كالعلم في الثوب وان كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتي في البسط والوسائد جاز أيضا وان كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وان لم يكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم قال ابن عبدالبر هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وعكرمة مولى ابن عباس

ولكن أحببت ان أجيب الداعي فادعو بالبركة وعن عبد الله قال اذا عرض على احدكم الطعام وهو صائم فليقل اني صائم وان كان مفطراً فالاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه الاكل وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه يجب عليه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطراً فليطعم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا كالاجابة

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطراً وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لم يأكل

﴿مسئلة﴾ (وان دعاه اثنان أجاب أولهما)

لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لانها غير ممكنة مع اجابة الاول فان استويا أجاب أقربهما بابا لما روى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ قال « اذا اجتمع داعيان فاجب أقربهما باباً فان أقربهما باباً أقربهما جواراً فان سبق أحدهما فأجب الذي سبق » وروى البخاري عن عائشة قالت : قلت يارسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدى قال « الى

وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك الا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون الى عموم قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » ، متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعي الى طعام فلما قيل له ان في البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت

ولنا ماروت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال أتسترين الجدر بستر فيه تصاوير فهتكه قالت فجعلت منه منتبذتين كأني أنظر الى رسول الله ﷺ متكئا على احداهما رواه ابن عبدالبر ولانها اذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولامعظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لاتدخل الملائكة بيتا فيه صورة ولا كلب » قال ألم تسمعه قال « الارقما في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ماكان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة .

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أتاني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال الذي على الباب فيقطع فيصير كهيئة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله ﷺ وان

أقربهما منك باباً» ولان هـذا من أبواب البر فقدم بهـذه المعاني فان استويا أجاب أقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فان استويا اجاب أدناهما فان استويا اجابة أقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

(مسئلة) (وان علم أن في الدعوة منكراً كالزمر والخمر وأمكنه الانكار حضر وانكر والا لم يحضر)

من يدعى الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه فأمكنه ازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر، وان لم يقدر على الانكار لم يحضر فان لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله فان لم يمكنه انصرف ونحو هذا قال الشافعي، وقال مالك أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم وقال أصبغ يرجع وقال أبوحنيفة إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل ، وقال محمد بن الحسن ان كان ممن يقتدى به فأحب الي أن يخرج وقال الليث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والاصل في هذا ماروى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لعلي لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأي قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلي الحقه فقال له ما رجعك يارسول

قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهي وكذلك اذا كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لان ذلك ليس بصورة حيوان .

(فصل) وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة يقال لهم احيوا ماخلقتم » وعن مسروق قال دخلنا مع عبدالله بيتاً فيه تماثيل فقال لتمثال منها تمثال من هذا قالوا تمثال مريم قال عبدالله قال رسول الله ﷺ « ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي باسقاط حرمته لايجاده المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل فان لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال لا نضيق علينا ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لايخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرهها تنزهاولا يراها محرمة وقال

الله فقال انه ليس لي ان أدخل بيتاً مزوقاً حديث حسن وروى أبو حفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبدالله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع اصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع رواه أبو داود والخلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر

﴿مسئلة﴾ (وان علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والاكل نص عليه أحمد)

وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك فقال أرجو أن لا يأثم ان لم يجب وان أجاب فارجو أن لا يكون آثما فاسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه بايجاد المنكر ولم يمنع الاجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه ، وقال أحمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً، فعلى هذا لاتجب اجابة من طعامه من مكسب خبيث لان ايجاده منكر والاكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يأكل

﴿مسئلة﴾ (وان شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس الى أن تزال وان كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس

أكثر أصحاب الشافعي إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول لان الملائكة لا تدخله ولانه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله

ولنا ما روي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة ابراهيم واسماعيل يستقسمان بالازلام فقال « قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه ابو داود وما ذكرنا من خبر عبدالله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم ، وروى ابن عائذ في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب ، وقال لعلي امض بالناس فليتغدوا فذهب علي رضي الله عنه بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر الى الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولان دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا كما لو كان فيه كلب ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله والله أعلم

(فصل) فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة فان كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله في حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه

اذا كانت صور الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وان لم تمكن انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر اهل العلم، قال ابن عبدالبر هذا اعدل المذاهب وحكاه عن سعد ابن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك إلا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون إلى قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعي إلى طعام فلما قيل له إن في البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت

ولنا ما روت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال « أتسترين الجدر بشيء فيه تصاوير؟ » فنزعته قالت فجعلت منه منتبذتين كأني أنظر إلى النبي ﷺ متكئا على احداهما رواه ابن عبدالبر، ولانها اذا كانت تداس وتبتذل ولم تكن معززه معظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكره وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة » قال ألم تسمعه يقول « الا رقما في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا ، والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة

وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الاجابة بدليل ماروى سالم بن عبد الله بن عمر قال : أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل ابو أيوب مسرعا فاطلع فرأى البيت مستتراً بخباء أخضر فقال يا عبدالله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء ياأبا أيوب ، فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لاأطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج . رواه الاثرم

وروي عن عبد الله بن يزيد الخطمي أنه دعي الى طعام فرأى البيت منجداً فقعد خارجا وبكى قيل له مايبكيك ؟ قال ان رسول الله ﷺ رأى رجلا قد رقع بردة له بقطعة أدم فقال « تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثا ثم قال — أنتم اليوم خير أم اذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة » قال عبدالله أفلا أبكي وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة؟

وقد روى الخلال باسناده عن ابن عباس وعلي بن الحسين عن النبي ﷺ أنه نهى أن تستر الجدر . وروت عائشة أن النبي ﷺ لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر . اذا ثبت هذا فان ستر الحيطان مكروه غير محرم وهذا مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم وانما كره لما فيه من السرف كالزيادة في الملبوس والمأكول وقد قيل هو محرم للنهي عنه والاول أولى فان النهي لم يثبت ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أتاني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي على باب البيت فتقطع حتى تصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله ﷺ وان قطع منه مالا تبقى الحياة بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس ، وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهي فان كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لانه ليس بصورة حيوان

(فصل) وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الذين يصنعون هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم احيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال دخلنا مع عبدالله بيتا فيه تماثيل فقال لتمثال منها تمثال من هذا ؟ قالوا تمثال من صم قال عبدالله قال رسول الله ﷺ « ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فاما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وإنما أبيح ترك إجابة الدعوة لاجله عقوبة

(فصل) وسئل احمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئاً معلقا فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له فيقلع ؟ فكره أن يقلع القرآن ، وقال اذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس

(فصل) قيل لابي عبد الله الرجل يكتري البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها ؟ قال نعم ، قال المروذي قلت لابي عبد الله دخلت حماما فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس؟ قال نعم انما جاز ذلك لان اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويكفي منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لان ذلك يكفي ، قال احمد ولا بأس باللعب مالم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال « ماهذا ياعائشة ؟ » فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك ، رواه مسلم بنحوه

(فصل) والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الاحاديث فيه وأمر النبي ﷺ به في النكاح ، وروت عائشة أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان في أيام منى تدفعان وتضربان والنبي صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه فانتهرهما ابو بكر فكشف النبي ﷺ عن وجهه فقال « دعهما ياأبا بكر فانها أيام عيد » متفق عليه

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فاذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوها ، قال الاثرم سئل احمد اذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ؟ فقال هذا تأويل تأوله ، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك

الداعي باسقاط حرمته لاتخاذه المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل اذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل له فان لم يره الا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال لا تضيق علينا ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لا يخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ، وقال أكثر أصحاب الشافعي اذا كانت الصور على الستور أو ماليس بموطوء لم يجز له الدخول لان الملائكة لا تدخله ولانه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة لاجله

ولنا ماروي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة ابراهيم واسماعيل يستقسمان بالازلام فقال « قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه أبو داود وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم، وروى ابن عائذ في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب وقال لعلي امض بالناس فليتغدوا فذهب علي بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر إلى

وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لان رؤية المنكر كسماعه فكما لايجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لايجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر

(فصل) وان علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل نص عليه أحمد وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أوساعة وليس عنده أولئك ؟ قال أرجو أن لايأثم ان لم يجب وان أجاب فأرجو أن لايكون آثما فأسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر ولم يمنع الاجابة لكون المجيب لايرى منكراً ولا يسمعه، وقال احمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيبا ولم ير منكراً، فعلى قوله هذا لاتجب اجابة من طعامه من مكسب خبيث لان اتخاذه منكر والأكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يمنع له الاكل منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعي اليها ان يجيب وانما وردت السنة في اجابة من دعي الى وليمة تزويج)

يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقتدى بهم وذلك لما روي أن عثمان بن أبي العاص دعي الى ختان فابى أن يجيب فقيل له ؟ فقال انا كنا لانأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ

الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل وأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصور ولان دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لاتدخله لايوجب تحريم دخوله كما لو كان فيه كلب ولا يحرم صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما يبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله

﴿ مسئلة ﴾ (فان سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين)

أما إذا استعمل ذلك لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله لحاجة فأشبه الستر على الباب وان كان لغير حاجة ففيه روايتان

[إحداهما] هو مكروه غير محرم وهو عذر في ترك الاجابة إلى الدعوة بدليل ما روى سالم ابن عبدالله بن عمر قال أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان فيمن آذن أبو أيوب وقد ستروا بيتي بجناء أخضر فأقبل أبو أيوب فاطلع فرأى البيت مستوراً بجناء أخضر فقال ياعبدالله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء ياأبا أيوب فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج رواه الاثرم . قال القاضي وكلام أحمد يحتمل أمرين (أحدهما) الكراهة من غير تحريم لان ابن عمر أقر على فعله ولان كراهته لما فيه من السرف وذلك لايبلغ به التحريم كالزيادة في الملبوس والمأكول والطيب ، ويحتمل التحريم وهي الرواية الثانية

ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد باسناده ، اذا ثبت هـذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من اطعام الطعام، والاجابة اليها مستحبة غير واجبة وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وقال العنبري تجب اجابة كل دعوة لعموم الامر به فان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرسا كان أو غير عرس » أخرجه ابوداود

ولنا أن الصحيح من السنة انما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة ، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهـل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه ، وقال عثمان بن أبي العاص كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه ، ولان التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولان فيه جبر قلب الداعي وتطييب قلبه ، وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما الدعوة في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى .

لماروي الخلال باسناده عن علي بن الحسين قال : نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « إن الله لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر » واختار شيخنا أن ستر الحيطان مكروه غير محرم وهو مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه حديث وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم ولو ثبت الحديث حمل على الكراهة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) سئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال لاينبغي أن يكون شيئا معلقا فيه القرآن ليستهان به ويمسح قبل له فيقلع فكره أن يقلع القرآن ، وقال إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس ، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه

(فصل) قيل لابي عبدالله الرجل يكتري بيتا فيه تصاوير ترى أن يحكها قال نعم : قال المروذي قلت لابي عبدالله دخلت حماما فرأيت صورة ترى أن أحك الرأس ؟ قال نعم ، إنما جاز ذلك لان اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لان ذلك يكفي . قال أحمد ولا بأس باللعب مالم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال « ماهذا ياعائشة ؟ » فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فاذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من

﴿مسئلة﴾ قال (والنثار مكروه لانه شبه النهبة وقد يأخذه من غيره احب الي صاحب النثار منه)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروي ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن يزيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي ، وروي عن أحمد رواية ثانية ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب الى رسول الله ﷺ خمس بدنات أو ست فطفقن يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود وهذا جار مجرى النثار ، وقد روي أن النبي ﷺ دعي الى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه . قال الراوي ونظرت الى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك قلت يا رسول أوما نهيتنا عن النهبة ؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولانه نوع إباحة فأشبه اباحة اطعام الضيفان »

ولنا ما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تحل النهبي والمثلة » رواه البخاري وفي لفظ ان النبي ﷺ نهى عن النهبي والمثلة . ولان فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه

أجله وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوه . قال الاثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال هذا تأويل تأولته . وأما الآنية نفسها فليس فيها شك ، وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لان رؤية المنكر كسماعه فكما لايجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لايجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر

﴿مسئلة﴾ (ولا يباح الاكل بغير إذن)

لان أكل مال الغير بغير اذنه محرم والدعاء الى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « إذا دعي أحدكم فأتى مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبوداود ، وقال عبد الله بن مسعود إذا دعيت فقد أذن لك ، رواه الامام أحمد باسناده

﴿مسئلة﴾ (والنثار والتقاطه مكروه وعنه لايكره)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره ، روي ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن زيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي

وروي عن أحمد انه ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبدالله بن قرط قال قرب الى النبي ﷺ خمس بدنات أو ست فطفقن

وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه . والغالب هذا فان أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ، ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الامور ويكره سفسافها . فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه لانهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها

وفي الجملة فالخلاف انما هو في كراهية ذلك وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع اباحة لماله فأشبه سائر الاباحات

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)

كذا روي عن أبي عبدالله رحمه الله ان بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز . أما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حسن غير مكروه . وقد روي عن أبي هريرة قال قسم النبي ﷺ يوما بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات إحداهن حشفة لم تكن تمرة أعجب إلي منها شدت إلى مضاغي. رواه البخاري .وكذلك ان وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضا

يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود . وهذا جار مجرى النثار . وقد روي أن النبي ﷺ دعي إلى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه .قال الراوي ونظرت الى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك فقلت يارسول الله أومانهيتنا عن النهبة؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولانه نوع اباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان

ولنا ماروي عن النبي ﷺ انه قال «لاتحل النهبى والمثلة» ولان فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب عليه هذا فان أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الامور ويكره سفسافها فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما الاباحة فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع إباحة لماله فأشبه سائر المباحات

(فصل) فأما ان قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف في أن ذلك حسن غير مكروه وقد روي عن أبي هريرة قال قسم رسول الله ﷺ بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان

قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم . وقال محمد بن علي بن بحر سمعت حُسْنَ أم ولد أحمد بن حنبل تقول لماحذق ابني حَسَن قال لي مولاي : حسن لاتنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله الى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أحسنت وفرق أبو عبدالله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة

(فصل) ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه لانه مباح حصل في حجره فملكه كالو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه من حجره لماذكرناه

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعا وان أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتناهدون في الغزو والحج . ويفارق النثار فانه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء قال المروذي : رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غذاؤه وإذا رفع » رواه ابن ماجه

سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات احداهن حشفة فلم يكن منهن تمرة أعجب الي منها شدت في مضاغي رواه البخاري وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضا قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم وقال علي(١) بن محمد بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابني حسن قال لي مولاي حسن لا تنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله الى المعلم ، قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أحسنت وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز خمسة خمسة

(١) قد ذكره في المغني محمد بن علي

﴿مسئلة﴾ (ومن حصل في حجره شيء فهو له غير مكروه)

لانه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لاحد أن يأخذه لما ذكرناه ، وقال في المحرر يملكه مع القصد وبدون القصد وجهان

﴿مسئلة﴾ (ويستحب اعلان النكاح والضرب عليه بالدف)

وقال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف قيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف ، وقال لا بأس بالغزل في العرس كقول النبي ﷺ للانصار

أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم * ولولا الذهب الاحمر * ما حلت بواديكم

ولولا الحبة السوداء * ما سمنت عذاريكم

وروى أبو بكر باسناده عن الحسن بن علي أن النبي ﷺ قال « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم » يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ « من نام وفي يده ريح غمر وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأتي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال « لا أريد الصلاة » رواه ابن ماجة وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء رواه أبو داود . وروي عنه أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي الى الصلاة فالقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث وقال مهنا سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي ﷺ « لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنع الاعاجم وانهشوه نهشا فانه اهنأ وأمرأ » قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه

(فصل) وتستحب التسمية عند الاكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتيما في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصحفة فقال لي النبي ﷺ « ياغلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ

لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم » وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والصوت في الاملاك فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ « فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح » رواه النسائي وقال عليه الصلاة والسلام « أعلنوا النكاح » وفي لفظ « أظهروا النكاح » وكان يحب أن يضرب عليها بالدف وفي لفظ « فاضربوا عليه بالغربال » وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها الى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ « ما قلتم يا عائشة ؟ » قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال « ان الانصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم » روي هذا كله عن عبد الله بن ماجه في سننه وقال أحمد لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى عنها النبي ﷺ وانما يستحب الضرب بالدف للنساء ذكره شيخنا رحمه الله

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً وان أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس وقد كان السلف يتناهدون في الغزو والحج ويفارق النثار فانه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا .

قال « اذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه الا لقمة فلما رفعها الى فيه قال بسم الله أوله وآخره فضحك النبي ﷺ قال « مازال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء مافي بطنه » رواهن أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أتي النبي ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك فاقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال « ياعكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » ثم أتينا بطبق فيه الوان الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال « ياعكراش كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجة ولا يأكل من ذروة الثريد لما روي ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي الحديث « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » رواهما ابن ماجة

(فصل) ويستحب الاكل بالاصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مثنى سألت أبا عبدالله عن الاكل بالاصابع كلها فذهب الى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ

﴿ فصل في آداب الاكل ﴾

يستحب غسل اليد قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء قال المروذي رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع » رواه ابن ماجه وروى أبو بكر باسناده عن الحسن عن النبي ﷺ أنه قال « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم » يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ « من نام وفي يده ريح غمر فأصابه شيء فلا يلومن الا نفسه » رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأتي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال « ما أريد الصلاة » رواه ابن ماجة وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب بالجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو حجفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء رواه أبو داود وروي عنه أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي الى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين قال أحمد: حديث لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنيع الاعاجم وانهشوه نهشاً فانه أهنأ وأمرأ قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه .

(فصل) وتستحب التسمية عند الاكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتيما في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصفحة فقال النبي ﷺ « يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم فليأكل

أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير الا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الخلال باسناده ويكره الاكل متكئا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئا » رواه البخاري ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا ولما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يُلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قالت: قال رسول الله ﷺ « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي . وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ « اذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الارض وليأكلها » رواهن ابن ماجة

(فصل) ويحمد الله اذا فرغ لقول رسول الله ﷺ « ان الله ليرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها » رواه مسلم وعن أبي سعيد قال كان النبي ﷺ « اذا أكل طعاما

بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليذكر الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالساً ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال بسم الله فضحك النبي ﷺ ثم قال « ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما في بطنه » رواهن أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أتي النبي ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك فأقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال « يا عكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » وأتينا بطبق فيه ألوان من الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال يا عكراش « كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجة ولا يأكل من ذروة الثريد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلا الصحفه ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي حديث آخر « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها تبارك » رواهما ابن ماجة

(فصل) ويستحب الاكل بالاصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مهنا سألت أبا عبد الله عن الاكل بيده كلها فذهب إلى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير الا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان النبي ﷺ يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الخلال باسناده ويكره الاكل متكئا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئا » رواه البخاري ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا وروى ابن عباس عن النبي ﷺ « إذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الارض وليأكلها » رواهن ابن ماجة

قال الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه ابو داود، وعن أبي امامة عن النبي ﷺ انه كان يقول « اذا رفع طعامه الحمد لله كثيرا مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغني عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ماتقدم من ذنبه » رواه ابن ماجة وروي أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وابو بكر وعمر ثم قال « من قال في أوله بسم الله وبركة الله ، وفى آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبدالله قال : صنع ابو الهيثم للنبي ﷺ وأصحابه طعاما فدعى النبي ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال « أثيبوا صاحبكم » قالوا يارسول الله وما اثابته ؟ قال « ان الرجل اذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » وعن أنس أن النبي ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي ﷺ « أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » رواهما ابوداود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فان عبدالله بن جعفر قال : رأيت النبي ﷺ يأكل القثاء بالرطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة ماعاب رسول الله ﷺ طعاما قط اذا اشتهى شيئا أكله ، وان لم يشتهه تركه متفق عليهما واذا حضر فصادف قوما يأكلون فدعوه لم يكره له الاكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعو رسول الله ﷺ فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم

(فصل) ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها » رواه مسلم ، وعن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال « الحمد الله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه أبو داود ، وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول اذا رفع طعامه « الحمد لله كثيراً مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهمي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه ابن ماجة وقد روي أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال « من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل » فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبدالله قال صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاما فدعى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال « أثيبوا صاحبكم » قالوا يارسول الله وما اثابته قال « ان الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة يعوده فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندك الصائمون واكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » رواه أبو داود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فان عبد الله بن جعفر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل

فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم الى طعام غير ناظرين اناه) أي غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : ما أكل رسول الله ﷺ على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر ، وقال ابن عباس لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة « ولا يتنفس أحدكم في الاناء » وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا وضعت المائدة فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وان شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فان الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجه

(فصل) قال محمد بن يحيى قلت لابي عبدالله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس وقيل لابي عبدالله ماتقول في غسل اليد بالنخالة ؟ فقال لا بأس به نحن نفعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى ابوداود باسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحا ثم تغسل به الدم من حيضة . والملح طعام ففي معناه ما أشبهه والله أعلم

القثاء بالرطب ويكره عيب الطعام لقول ابي هريرة ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط اذا اشتهى شيئاً اكله وان لم يشتهه تركه متفق عليها واذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره الاكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم ولايجوز له ان يتحين وقت اكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الى طعام غير ناظرين اناه) اي غير منتظرين بلوغ نضجه وعن انس قال ما اكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر وقال ابن عباس لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وفي المتفق عليه من حديث ابي قتادة ولا يتنفس احدكم في الاناء

وعن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وضعت المائدة فلا يقوم الرجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليقعد فان الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجة

(فصل) قال محمد بن يحيي قلت لابي عبد الله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس به . وقيل لابي عبدالله ماتقول في غسل اليد بالنخالة ؟ قال لا بأس به نحن نفعله . واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود باسناده عن رسول الله ﷺ انه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة ، والملح طعام ففي معناه ما أشبهه

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال ابو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين المرأة كما أحب أن تزين لي لان الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها اذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه اذا ولا منة لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وهذا من المعروف ، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحسانا وبذي القربى - إلى قوله - والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين ، وقال النبي ﷺ « استوصوا بالنساء خيراً فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله » رواه مسلم ، وقال النبي ﷺ « ان المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيمها كسرتها وان استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » متفق عليه وقال « خياركم خياركم لنسائهم

﴿ باب عشرة النساء ﴾

تلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف وأن لا يمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) قال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني أحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي لان الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته ، وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذاً ولا منة لأن هذا من المعروف الذي أمر الله تعالى به . ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحسانا وبذي القربى) الى قوله (والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين . وقال النبي ﷺ «استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم . وقال النبي ﷺ « إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » متفق عليه ، وقال «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجة ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه ، قال الله تعالى (وللرجال عليهن درجة)

رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى (وللرجال عليهن درجة) وقال النبي ﷺ « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق » رواه أبو داود ، وقال « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » متفق عليه ، وقال لامرأة « أذات زوج أنت ؟ » قالت نعم قال « فانه جنتك ونارك » وقال « لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا باذنه ولا تأذن في بيته الا باذنه وما أنفقت من نفقة من غير اذنه فانه يرد اليه شطره » رواه البخاري

(فصل) اذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك وان عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها وان طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة لان ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي ﷺ « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فهنا أولى ، ثم ان كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً وله السفر بها لان النبي ﷺ كان يسافر بنسائه الا أن يكون سفرا مخوفا فلا يلزمها ذلك ، وان كانت أمة لم يلزم تسليمها الا بالليل لانها مملوكة عقد على أحدى منفعتها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل ، ويجوز للمولى بيعها لان النبي ﷺ أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها

وقال النبي ﷺ « لوكنت آمراً احداً أن يسجد لاحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق » رواه أبو داود ، وقال «اذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » متفق عليه ، وقال لامرأة « أذات زوج أنت ؟ » قالت نعم ، قال «فانه جنتك ونارك » وقال « لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا باذنه ولا تأذن في بيته إلا باذنه وما أنفقت من نفقة بغير إذنه فانه يرد اليه شطره » رواه البخاري

(مسألة) (واذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج اذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها)

لان بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض وكما تستحق المستأجرة تسليم العين المستأجرة وتستحق عليه الاجرة به ، وقوله وكانت حرة لأن الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل على ما نذكره ، ويشترط إمكان الاستمتاع بها فان كانت صغيرة لا يجامع مثلها وذلك معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح ، وحده أحمد رحمه الله بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها فان أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى أن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة وهي بنت تسع سنين ، قال القاضي هذا عندي ليس على طريق التحديد وانما ذكره لان

(فصل) وللزوج اجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لانه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة مايمنع حقه، وان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لانه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها الا بالغسل ، فأما الذمية ففيها روايتان (إحداهما) له إجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة (والثانية) ليس له إجبارها عليه وهو قول مالك والثوري لان الوطء لا يقف عليه فانه مباح بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الاظفار وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، وتستوي في هذه المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها ،وله إجبارها على ازالة شعر العانة اذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضي . وكذلك الاظفار وان طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لانه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع

(والثاني) ليس له منعها منه لانه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر وان كانت ذمية لانه يمنع الاستمتاع بها فانه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ ولا يأمن أن تجني عليه ، وان أرادت شرب مالا يسكرها فله منع المسلمة لانهما يعتقدان تحريمه ، وان كانت ذمية لم يكن له منعها منه ، نص عليه

الغالب ان ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ومتى كانت لا تصلح للوطء لايجب على أهلها تسليمها اليه وان ذكر انه يحضنها ويربيها لانه لايملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه الى مواقعتها فيفضها ، وإن كانت مريضة مرضاً مرجوا الزوال لم يلزمها تسليم قبل برئها لانه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولان العادة لم تجر بتسليم المريضة الى زوجها والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فان كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسلمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج وله أن يستمتع بها فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظمه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه النفقة ولا يثبت له خيار الفسخ لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وانما الامتناع لامر من جهته وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء فان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل أن لايجب ذلك كالمرض المرجو زواله ، واحتمل وجوب التسليم لانه يزول قريبا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج

﴿ مسئلة ﴾ (وانما يجب تسليمها في بيت الزوج اذا لم تشترط دارها) وقد ذكرنا ذلك في بابه ويجب عليها تسليم نفسها في دارها

(فصل) فان كانت حرة لزم تسليمها ليلا ونهاراً لانه لا حق لغيره عليها

(مسئلة) (فان سألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة باصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة)

أحمد لانها تعتقد إباحته في دينها، وله إجبارها على غسل فيها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بفيها، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم. وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه؟ على وجهين، ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله

(فصل) وللزوج منعها من الخروج من منزله الى مالها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أوحضور جنازة أحدهما، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها الا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة في احكام النساء عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » فمات أبوها فاستاذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته فقال « لها اتقي الله ولا تخالفي زوجك » فاوحى الله الى النبي ﷺ « اني قد غفرت لها بطاعة زوجها » ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج الا بإذنه ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما لان في ذلك قطيعة لهما وحملا لزوجته على مخالفته وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج الى الكنيسة لان ذلك ليس بطاعة ولا نفع وإن كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد وهو مذهب

لان ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبتها له فهاهنا أولى

﴿ مسألة ﴾ (وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل)

وللسيد استخدامها نهاراً وعليه إرسالها بالليل للاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين الاستخدام والاستمتاع، فاذا عقد على احداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استطابتها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار، فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك فقال ما أدري؟ فيحتمل المنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فمنع منه كما لو أراد الزوج السفر بها ويحتمل أن له السفر بها لانه مالك لرقبتها فهو كسيد العبد اذا زوجه

(فصل) ويجوز للسيد بيعها لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها

﴿ مسألة ﴾ (وله الاستمتاع بها مالم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها)

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع »

الشافعي وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي ﷺ « لا تمنعوا اماء الله مساجدالله » وروي أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل وكانت تخرج الى المساجد وكان غيورا فيقول لها لوصليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الامة النصرانية يشتري لها زناراً ؟ قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه احمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وابو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فان النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق قال الجوزجاني وقد قال النبي ﷺ « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لاحد لامرت المرأة ان تسجد لزوجها ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنتقل من جبل أسود الى جبل أحمر أو من جبل أحمر الى جبل أسود كان عليها أن تفعل » ورواه باسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبي ﷺ يأمر نساءه بخدمته فقال ياعائشة اسقينا ، ياعائشة أطعمينا ياعائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر » وقد روي أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ تشكو اليه ما تلقى من الرحى وسألته خادماً يكفيها ذلك

متفق عليه ، ولقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وله السفر بها إلا أن تشترط بلدها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ، فان اشترطت بلدها فلها شرطها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز وطؤها في الحيض اجماعا)

لقول الله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن) ولا يجوز وطؤها في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبدالله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمر وأبو هريرة رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت إباحته عن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك ، وروي عن مالك انه قال ما رأيت أحداً اقتدى به في ديني يشك في انه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله بقوله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية .

ولنا ماروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن » وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته في دبرها » رواهما ابن ماجة ، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فاما قسم النبي ﷺ بين علي وفاطمة فعلى ما يليق به الاخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبيل الايجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجبا عليها ولهذا لايجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الاولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه

(فصل) ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبدالله وأبو الدرداء وابن عباس وعبدالله بن عمرو وأبو هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبدالرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وروبت اباحته عن ابن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك وروي عن مالك أنه قال ماأدركت أحدا أقتدي به في ديني يشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله بقول الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على ازواجهم أوما ملكت أيمانهم)

ولنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال « ان الله لايستحيي من الحق ، لاتأتوا النساء من أعجازهن » وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي ﷺ قال «لاينظر الله الى رجل جامع امرأة في

أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواهن كلهن الاثرم ، فأما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فأنزل الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المأتي متفق عليه ، وفي رواية « ائتها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك

(فصل) فان وطئها في دبرها فلا حد عليه لان في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم وعليهما الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة ، فان كان الوطء في أجنبية فعليه حد اللوطي ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء في الفرج لانه وطء كامل بخلاف هذا ولا الاحلال للزوج الاول لان المرأة لاتذوق عسيلة الرجل ولا تحصل به الفيئة لان الوطء لحق المرأة وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن في النكاح لان بكارة الاصل باقية

(فصل) فأما التلذذ بين الاليتين من غير إيلاج فلا بأس به لان السنة انما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لأجل الاذى وذلك مخصوص في الدبر فاختص التحريم به

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعزل عن الحرة إلا باذنها)

دبرها » رواها ابن ماجة وعن بن مسعود عن النبي ﷺ قال « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواهن كاهن الاثرم فاما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فانزل الله (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها الا في المأتى متفق عليه وفي رواية « أتيها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الاخرى المراد بها ذلك

(فصل) فان وطيء زوجته في دبرها فلا حد عليه لان له في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم، وعليها الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة، وان كان الوطء لاجنبية وجب حد الوطي ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل والاحلال للزوج الاول لان المرأة لاتذوق به عسيلة الرجل، ولا تحصل به الفيئة ولا الخروج من العنة لان الوطء فيهما لحق المرأة، وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الا كتفاء بصماتها في الاذن بالنكاح لان بكارة الاصل باقية

(فصل) ولا بأس بالتلذذ بها بين الاليتين من غير إيلاج لان السنة انما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لاجل الاذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به

(فصل) والعزل مكروه ومعناه أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجا من الفرج رويت

معنى العزل أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجاً من الفرج وهو مكروه، رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود، وروي عن ابي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة، وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا » وقال « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » إلا ان يكون العزل لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته الى الوطء

ذكر الخرقي في هذه : أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها . فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن امائه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم وقد رويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروى ابو سعيد قال ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ، قال « فلم يفعل ذلك أحدكم ؟ - ولم يقل فلا يفعل - فانه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها » متفق عليه، وعنه أن رجلا قال : يارسول الله ان لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن

كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة وقد حث النبي ﷺ على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا - وقال - سوداء ولود خير من حسناء عقيم » الا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل ذكر الخرقي هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إمائه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم ، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى ابو سعيد قال : ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ قال « فلم يفعل أحدكم ؟ - ولم يقل فلا يفعل - فانه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها » متفق عليه ، وعنه أن رجلا قال : يارسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » رواه ابو داود

(فصل) ويجوز العزل عن أمته بغير اذنها نص عليه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لاحق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من

اليهود تحدث أن العزل هي الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » رواه أبو داود

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روي عن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها ، رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجة ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا باذنها .

(فصل) والنساء ثلاثة أقسام إحداهن زوجته الحرة فلا يجوز العزل عنها إلا باذنها في ظاهر المذهب وقد ذكرنا ذلك . (الثانية) : أمته فيجوز العزل عنها ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن تملك المنع من العزل أولى . (الثالثة) زوجته الامة فالاولى جواز العزل عنها بغير اذنها وهو قول الشافعي استدلالا بمفهوم الحديث المذكور .

وقال ابن عباس يستأذن الحرة ، ولا يستأذن الامة ولأن عليه ضرراً في ارقاق ولده بخلاف الحرة ، ويحتمل أن لا يجوز الا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة فلم يجز

العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها . قال القاضي ظاهر كلام احمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ويحتمل أن يكون مستحبا لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لماروي عن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجة ولان لها في الولد حقا وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا باذنها فاما زوجته الامة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالا بمفهوم هذا الحديث وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الامة ولان عليه ضرراً في استرقاق ولده بخلاف الحرة ويحتمل أن لا يجوز إلا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه فلم يجز بغير إذنها كالحرة

(فصل) فان عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الانصار إلى رسول الله ﷺ فقال إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها » وقال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي ولان لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الانزال كسائر الاحكام وقد قيل إن الوطأ في الفرج يحصل به الانزال ولا يحس به

بغير إذنها كالحرة . وقال أصحابنا لا يجوز العزل عنها إلا باذن سيدها لان الولد له والاولى جوازه لان تخصيص الحرة بالاستئذان دليل سقوطه في غيرها ولان السيد لا حق له في الوطء فلا يجب استئذانه في كيفيته ويحتمل أن يكون استئذانها مستحباً لان حقها في الوطء لا في الانزال بدليل خروجه بذلك من الفيئة والعنة .

﴿ مسئلة ﴾ (وله اجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس الا الذمية فله اجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفي سائر الاشياء روايتان)

وجملة ذلك أن للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة أو مملوكة لانه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة مايمنع حقه فان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لانه لحقه ، وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل . فأما الذمية ففيها روايتان.

(أحدهما) له اجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه فان النفس تعاف من لايغتسل من جنابة (والثانية) : ليس له إجبارها . وهو قول مالك والثوري فان الوطء لا يقف عليه لاباحته بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي ازالة الوسخ والدرن وفي تقليم الاظافر وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، ويستوي في هذا المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها

(فصل في آداب الجماع)

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى (وقدموا لأنفسكم) قال عطاء هي التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا » متفق عليه ، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال قال رسول الله ﷺ « اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجة وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا دخل الخلاء غطى رأسه واذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراها أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد مايعجبني الا أن يكتم هذا كله وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والاخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال « فقال لعل أحدكم يحدث بما يصنع باهله إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال « لعل إحداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال « لا تفعلوا فانما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون »

على إزالة شعر العانة اذا خرج عن العادة رواية واحدة ذكرها القاضي وكذلك الاظفار فان طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لانه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع . (والثاني) ليس له ذلك لانه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر وان كانت ذمية لانه يمنع الاستمتاع بها ويزيل عقلها ولا يأمن أن تجني عليه فأما شرب مالا يسكر فله منع المسلمة منه لانهما يعتقدان تحريمه، وليس له منع الذمية منه نص عليه أحمد لانها تعتقد اباحته في دينها ، وله إجبارها على غسل فيها منه لما فيه من الرائحة الكريهة فهو كالثوم ، وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد حل يسير النبيذ ومذهب الشافعي على نحو من هذا كله .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ان كانت حرة)

وجملة ذلك أن قسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن له عذر ، وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري وأبو ثور ، وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا ان كان بترك الوطء مضرة فان كان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء لان أحمد قال إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيناً أي لا يؤجل . وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لان القسم لحقه فلم يجب عليه

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لان عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الاكثار من الكلام حال الجماع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال « لاتكثروا الكلام عند مجامعة النساء فان منه يكون الخرس والفأفاء » ولانه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه وأولى بذلك منه ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتنال من لذة الجماع مثل مانالة

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ أنه قال « لاتواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ماأتاك لكيلا تسبقها بالفراغ - قلت وذلك إلي ؟ قال - نعم انك تقبلها وتغمزها وتلمزها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ماجاءك واقعتها » فإن فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ « اذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم اذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعا لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها فان عائشة قالت ينبغي للمرأة اذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد لما روي عن أنس قال سكبت لرسول الله ﷺ من نسائه غسلا واحداً في ليلة واحدة فان حدث الجنابة لايمنع الوطء بدليل إتمام الجماع قال احمد اذا أراد أن يعود فاعجب

ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص « ياعبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ قلت بلى يا رسول الله قال فلا تفعل « صم وأفطر وقم ونم فان لجسدك عليك حقاً وإن لعينك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً » متفق عليه فأخبر أن للمرأة عليه حقاً

وقد روى الشعبي أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت ياأمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها فجاء فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من أمرهما مالم أفهم قال فاني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله مارأيك الاول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة روي ذلك عن عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه هذا أحدها وفي لفظ قال عمر نعم القاضي أنت ، وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولانه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته كالزيادة في الاثنة على قدر الواجب .

(مسئلة) (وان كانت أمة فمن ثمان ليال ليلة)

هذا اختيار شيخنا قال أصحابنا من كل سبع لان أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها

الى الوضوء فان لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولان الوضوء يزيده نشاطاً ونظافة فاستحب وان اغتسل بين كل واطئين فهو أفضل فان أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا فقلت يارسول الله لو جعلته غسلا واحداً فقال « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد في المسند ، وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبري ، وروى ابن بطة باسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة »

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أو كبيراً لان عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير الخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى إلى الاخرى أو ترى ذلك فان رضيتا بذلك جاز لان الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد ، وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الاخرى لم يجز لان فيه دناءة وسخفا وسقوط مروءة فلم يبح برضاهما وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز اذا كان ذلك مسكن مثلها

(فصل) روي عن النبي ﷺ أنه قال « أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير منه والله أغير مني » وعن علي رضي الله عنه قال : بلغني أن نساءكم ليزاحمن العلوج في الاسواق أما تغارون ؟ انه لا خير فيمن لا يغار . وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من أمرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

السابعة والاولى أولى ليكرن على النصف ما الحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليلتان ولو كان للامة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللامة ليلة ولانه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً فماذا نصنع في الليلة الثامنة ؟ ان أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها وإن باتها عند الامة جعلها كالحرة ولا سبيل اليه وعلى ما اختاره شيخنا تكون هذه الليلة الثامنة له ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الأولى مستأنفا للقسم وان كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمتان فلهن ست وله ليلتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع وعلى قول الاصحاب لها ليلة وله ست

﴿ مسألة ﴾ (وله الانفراد بنفسه فيما بقي وقد ذكرناه لانه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كما لو وفاهن حقهن من النفقة والكسوة والسكن)

﴿ مسألة ﴾ (وعليه أن يطأ في كل أربعة أشهر مرة)

﴿ مسألة ﴾ قال (أبو القاسم وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم)

لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافا وقد قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف ، وقال الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) ، وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي في فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » رواهما أبو داود اذا ثبت هذا فانه اذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتديء بواحدة منهن الا بقرعة لان البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولانهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير الى القرعة كما لو أراد السفر باحداهن فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لان حقها متعين وإن كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداية باحدى الباقيتين ، وإن كن أربعا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ، ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للاولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكان لكل واحدة ما خرج لها

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخنثى والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب

الوطء واجب على الرجل اذا لم يكن عذر وبه قال مالك وقال القاضي لا يجب الا أن يتركه للاضرار وقال الشافعي لا يجب عليه لانه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه)

ولنا ما تقدم في المسألة المتقدمة في أول الفصل ولان في بعض الروايات حديث كعب حين قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقا يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ولانه حق يجب بالاتفاق اذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر مالا يجب ولان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون الوطء حقا لهما جميعا ولانه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة

(فصل) ويجب في كل أربعة أشهر مرة نص عليه أحمد ووجهه ان الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لان اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها

﴿ مسألة ﴾ (فان سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك ان لم يكن له عذر)

وجملة ذلك أنه اذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وان طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود اذا ترك لامرأته نفقة وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان أحمد

الرأي لان القسم الانس وذلك حاصل ممن لا يطأ، وقد روت عائشة أن رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول أين أنا غداً؟ أين أنا غداً؟» رواه البخاري فان شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي ﷺ ، قالت عائشة إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال « اني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن » فأذن له رواه أبو داود فان لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعا إن أحب ، فان كان الزوج مجنونا لا يخاف منه طاف به الولي عليهن ، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لانه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الافاقة كالمال .

(فصل) ويقسم للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم ، وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لهن ، وأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالصحيحة وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

(فصل) ويجب قسم الابتداء ومعناه انه اذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن عذر ، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري وأبو

رحمه الله ذهب الى توقيته بستة أشهر فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما وانما صار الى تقديره بهذا لحديث عمر ، رواه أبو حفص باسناده عن زيد بن أسلم قال بينا عمر بن الخطاب يحرس بالمدينة فمر بامرأة وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه   وطال علي أن لا خليل ألاعبه
ووالله لولا خشية الله وحده   لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فارسل اليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك قالت خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين وسئل أحمد كم للرجل يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له

﴿ مسئلة ﴾ (فان أبى شيئا من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما)

قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها إلى شهر يجبر على الدخول قال أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة بن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك

ثور ، وقال القاضي في المجرد لايجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مصراً فان تركه غير مصر لم يلزمه قسم ولا وطء لان أحمد قال اذا وصل الرجل الى امرأته مرة بطل أن يكون عنينا أي لا يؤجل وقال الشافعي لايجب قسم الابتداء بحال لان القسم لحقه فلم يجب عليه

ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص « ياعبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ » قلت بلى يارسول الله قال « فلا تفعل صم ، وأفطر ، وقم ، ونم فان لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا وان لزوجك عليك حقا » متفق عليه فاخبر أن المرأة عليه حقا وقد اشتهرت قصة كعب ابن سور رواها عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه احداهن عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ فجاءت فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من أمرها مالم أفهم قال فاني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الاول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على أهل البصرة ، وفي رواية فقال عمر : نعم القاضي أنت . وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا . ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالايلاء ، ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على

وهو قول أكثر الفقهاء لانه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره وقال بعض أصحابنا إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر راسله الحاكم فان أبى أن يقدم فسخ نكاحه ، وروي ذلك عن احمد ومن قال لايفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى. وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه الا بحكم الحاكم لانه مختلف فيه ، وعن أحمد ما يدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب لانه حق له فلم يجبر عليه كسائر حقوقه وهذا مذهب والاول أولى لما ذكرنا

(فصل) سئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة قال له إي والله يحتسب الولد قان لم يرد الولد يقول هذه المرأة شابة لم لايؤجر؟ وهذا صحيح وإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال « مباضعتك أهلك صدقة » قلت يارسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال « أرأيت لو وضعه في غير حقه ؟ ماكان عليه وزر » قال بلى قال « أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير ؟ » ولانه وسيلة الى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

﴿مسألة﴾ (ويستحب أن يقول عند الجماع بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان مارزقتني) لقول الله تعالى (وقدموا لانفسكم) قال عطاء هي التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال :

قدر الواجب. إذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة من كل أربع وللأمة ليلة من كل سبع لان أكثر مايمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة

والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للامة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة ولانه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً فماذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ ان أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على مايجب لها ، وان باتها عند الامة جعلها كالحرة ولا سبيل اليه ، وعلى ماذكرنا تكون هذه الليلة الثامنة له ، ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الاولى مستأنفا للقسم ، وان كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس ، وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع، وعلى قولهم لها ليلة وله ست

(فصل) والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر وبه قال مالك وعلى قول القاضي لايجب الا أن يتركه للاضرار وقال الشافعي لايجب عليه لانه حق له فلايجب عليه كسائر حقوقه

ولنا ما تقدم في الفصل الذي قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقا يابعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان مارزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان ابداً » متفق عليه

(فصل) ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين» رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولايجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولايقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد ما يعجبني إلا ان يكتم هذا كله وقال أحمد في الذي يجامع المرأة والاخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روي عن الحسن قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال « لعل أحدكم يحدث بما يصنع باهله اذا خلا - ثم أقبل على النساء فقال - لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال - لاتفعلوا فانما مثلكم كمثل الشيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون » وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لان عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (ولايكثر الكلام حال الوطء)

لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تكثروا الكلام عند مجامعة

عمر قضاءه ورضيه ، ولانه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة،يحقق هذا انه لولم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لايجب ولان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه الى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا ، ولانه لولم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد ووجهه ان الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لان اليمين لاتوجب ماحلف على تركه فيدل على انه واجب بدونها فان أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غداً أدخل بها غدا أدخل بها إلى شهر هل يجبر على الدخول ؟ فقال أذهب الى أربعة أشهر ان دخل بها والا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولي

وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول اصحابنا انه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لانه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره

(فصل) وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء ، وان طال سفره

النساء فان منه يكون الخرس والفأفاء ولانه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه ويستحب أن يلاعب امرأته عند الجماع لتنهض شهوتها لتنال من لذة الجماع مثل ما ناله ، وقد روى عمر بن العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ » قلت وذلك إلي؟ قال « نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها »

﴿مسئلة﴾ (ولا ينزع اذا فرغ قبلها حتى تفرغ)

لما روى أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها ،فان عائشة قالت : ينبغي للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة

﴿مسئلة﴾ (ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد)

لما روى أنس قال سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسل من نسائه غسلا واحداً في ليلة واحدة ولان حدث الجنابة لايمنع الوطء بدليل إتمام الجماع ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء نص عليه

ولذلك لايصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة ، وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال ستة أشهر يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما ، وانما صار إلى تقديره بهذا لحديث عمر رواه ابوحفص باسناده عن زيد بن أسلم قال : بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال علي أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل اليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك قالت خمسة أشهر ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين . وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لامر لابد له فان غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم فان أبى أن يقدم فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه اذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى وفي جميع ذلك لايجوز الفسخ عند من يراه الا بحكم حاكم لانه مختلف فيه

(فصل) وسئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إي والله يحتسب الولد وان لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح فان أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال

أحمد قال فان لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولان الوضوء يزيده نظافة ونشاطة فاستحب وان اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل فان أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا فقلت يارسول الله لوجعلته غسلا واحدا قال هذا أزكى وأطيب وأطهر رواه الامام أحمد في المسند وروى هذه الاحاديث التي في آداب الجماع كلها أبوحفص العكبري وروى ابن بطة باسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل من أول الليل ثم اراد ان يعود توضأ وضوءه للصلاة »

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد إلا برضاهما صغيراً كان المسكن اوكبيراً لان عليهما ضررا لما بينهما من العداوة والغيرة فاجتماعهما يثير الخصومة والمقاتلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا اتى الاخرى أوترى ذلك فان رضيا بذلك جاز لان الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيا بنومه بينهما في لحاف واحد فان رضيا بان يجامع إحداهما بحيث تراه الاخرى لم يجز لان فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة فلم يجز برضاهما وان اسكنهما في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز اذا كان ذلك سكن مثلهما

(مسئلة) (ولايجامع احداهما بحيث تراه الأخرى اوغيرهما لان فيه دناءة ولايحدثهما بما جرى بينهما ولايحدث غيرها لما روي من حديث الحسن

« وبإضعتك أهلك صدقة - قلت يارسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال - أرأيت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر؟ قال قلت بلى قال - أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير » ولانه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان: له أن يفضل إحداهما على الاخرى في النفقة والشهوات والكسى إذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطء

(مسئلة) قال (وعماد القسم الليل)

لاخلاف في هذا وذلك لان الليل للسكن والايواء يأوي فيه الانسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال تعالى (وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا) وقال (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وماشاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « تعجبون من سعد لأنا أغير منه والله أغير مني» وعن علي رضي الله عنه قال بلغني ان نساءكم يزاحمن العلوج في الاسواق أما تغارون انه لا خير فيمن لا يغار وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

(مسئلة) (وله منعها من الخروج من منزلها الى مالها منه بد سواء ارادت زيارة والديها او عيادتهما او حضور جنازة احدهما)

قال احمد في امرأة لها زوج وام مريضة طاعة زوجها اوجب عليها من امها الا ان يأذن لها وقد روى ابن بطة في احكام النساء عن انس ان رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فمرض ابوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة ابيها فقال لها رسول الله عليه وسلم « اتقي الله لاتخالفي زوجك» فأوحى الله الى النبي صلى الله عليه وسلم « اني قد غفرت لها بطاعة زوجها ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلايجوز ترك واجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج الا باذنه

(مسئلة) (فان مرض بعض محارمها او مات استحب له ان يأذن لها في الخروج اليه)

لما في ذلك من صلة الرحم وفي منعها منه قطيعة الرحم وحمل لزوجته على مخالفته وقد امر الله تعالى

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ماروي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وإنما قبض النبي ﷺ نهاراً ويتبع اليوم الليلة الماضية لأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وان أحب أن يجعل النهار مضافاً الى الليل الذي يتعقبه جاز لأن ذلك لا يتفاوت

(فصل) فان خرج من عند بعض نسائه في زمانها فان كان ذلك في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة جاز فان المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقض لها لانه لا فائدة في قضاء ذلك، وإن أقام قضاه لها سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر لان حقها قد فات بغيبته عنها، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز لان التسوية تحصل بذلك ولانه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منها فبعضها أولى ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لانه أبلغ في المماثلة والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق وإن قضاه في غيره من الليل مثل أن فاتها في أول الليل فقضاه في آخره أو من آخره فقضاه في أوله ففيه وجهان (أحدهما) يجوز

بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف فان كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج الى الكنيسة ولان ذلك ليس بطاعة ولا نفع فان كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث منعه من منعها وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وروي أن ابن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل فكانت تخرج الى المساجد وكان غيوراً فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة والأمة النصرانية يشتري لها زناراً قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير ؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ماكان خارجا من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق وقال الجوزجاني وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لو كنت آمرا أحداً أن يسجد لاحد لامرت المرأة أن تسجد لزوجها » ولو أن رجلا أمر امرأته ان تنقل من جبل أسود الى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل » ورواه باسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه

لأنه قد قضى قدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة اذا ثبت هذا فانه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الاخرى لئلا يفوت حق الاخرى فتحتاج إلى قضاء ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها وإما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر مافات من حقها وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الاخرى ساعة واحدة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة

(فصل) وأما الدخول على ضرتها في زمنها فان كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض وان أقام وبرئت المرأة المريضة قضى للاخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها وإن خرج لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لانه لا فائدة في قضاء اليسير وإن دخل عليها لجماعها في زمن يسير ففيه وجهان

[أحدهما] لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى

(والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما ولان اليسير مع الجماع يحصل به السكن فأشبه الكثير وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها

فكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال « ياعائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا ياعائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر » وروي أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكت اليه ماتلقى من الرحى وسألته خادما يكفيها ذلك

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين علي وفاطمة فعلى ما يليق بهما من الاخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبيل الايجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها وكذلك لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الاولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه .

﴿مسألة﴾ (ولا تملك المرأة اجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها)

أما إذا فعلت ذلك باذنه جاز ولزم العقد لان الحق لهما لا يخرج عنهما وإن كان بغير إذنه لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ويجوز في الآخر لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل

ولنا أنه عقد يفوت به حق من ينسب له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر فأما ان أجرت

ونحو ذلك لما روت عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع وإذا دخل اليها لم يجامعها ولم يطل عندها لان السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقه وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان

(أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع فان أطال المقام عندها قضاه وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا إلا أنهم قالوا لا يقضي إذا جامع في النهار

ولنا أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل

(فصل) والاولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه لان رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا ولانه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن وان اتخذ لنفسه منزلا يستدعي اليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها كان له ذلك لان للرجل نقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها وان اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لان له ان يسكن كل واحدة منهن حيث شاء وإن حبس الزوج وأحب القسم بين نسائه بان يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وان لم يكن لم تلزمهن إجابته لان عليهن في ذلك ضرراً وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس .

المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح العقد ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لان منافعها ملكت بالعقد السابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة وداراً مشغولة فان نام الصبي واشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعها وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها الا برضى الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ولانه يجوز له الوطء مع اذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقوقه

﴿مسألة﴾ (وله أن يمنعها من رضاع ولدها الا أن يضطر اليها ويخشى عليه)

وجملته أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها الا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له المنع كالخروج من منزله فان اضطر الولد اليها بأن لا يوجد مرضعة سواها ولا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو وطىء زوجته ولم يطأ الاخرى فليس بعاص)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فان قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الاخرى قال الله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وان أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهن فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما لانه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وأبو عبيد، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والاوزاعي وأهل الرأي ، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه يسوي بين الحرة والامة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء كذلك ههنا ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للامة ليلة

(فصل) فان أرادت رضاع ولدها منه ففيه وجهان (أحدهما) أن له منعها من رضاعه ولفظ شيخنا في هذا الكتاب يقتضيه بعموم لفظه وهو قول الشافعي ولفظ الخرقي يقتضيه أيضاً لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره وهذا ظاهر كلام القاضي (والثاني) ليس له منعها ويحتمله كلام الخرقي فانه قال فان أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وهكذا ذكره شيخنا في كتاب نفقة الاقارب في الكتاب المشروح لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل واحدة ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجراً لرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الاول انه يخل باستمتاعه قلنا لا يفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الام في الجمع بينها وبين ولدها وهذا ظاهر كلام ابن أبي موسى

(فصل) في القسم الاول قال رضي الله عنه (وعلى الرجل أن يساوي بين نسائه في القسم الاول)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف وقال سبحانه (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) وروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له امرأتان فمال الى أحديهما جاء يوم القيامة

والحرة ليلتين . رواه الدارقطني واحتج به أحمد ، ولان الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً فكان حظها أكثر في الايواء وبخالف النفقة والسكنى فانه مقدر بالحاجة وحاجتها الى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء فانما شرع لبزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظهما

(فصل) والمسلمة والكتابية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للامة ليلة وللحرة ليلتين ، وإن كانتا جميعا حرتين فليلة وليلة ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهري والحكم وحماد ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لان الامة لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الايواء التام بخلاف الكتابية

(فصل) فان اعتقت الامة في أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ولم يقض لها ما مضى لان الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لانهما تساويا فيسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة

وشقه مائل » وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » رواها أبو داود

﴿مسئلة﴾ (وعماد القسم الليل الا لمن معيشته بالليل كالحارس)

ولا خلاف في هذا وذلك لان الليل للسكن والايواء يأوي فيه الانسان الى منزله ويسكن الى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة والنهار للمعاش والخروج والكسب والاشتغال قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال سبحانه (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله)

فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة ليلة ويكون في النهار في معاشه فيما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحارس ومن أشبهه فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعا لليل بدليل ما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي في يومي وانما قبض صلى الله عليه وسلم نهارا ويتبع اليوم الليلة الماضية لان النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه بعد غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه من بعد

وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت اسقاطه ، وذكر القاضي أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الامة في العزل عنها أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا باذنه ولا يصح هذا لان الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للولي فيه حق ، ولان المطالبة بالفيئة للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا .

(فصل) ولا قسم على الرجل في ملك يمينه فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر ، وإن شاء ساوى بين الاماء وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض بدليل قول الله تعالى (فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان النبي ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يكن يقسم لهما ، ولان الامة لا حق لها في الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا ولا تضرب لها مدة الايلاء لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه اعفافها اما بوطئها أو تزويجها أو بيعها

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فان أحب الزيادة على ذلك لم يجز الا برضاهن ، وقال القاضي له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والاولى مع هذا ليلة وليلة لانه أقرب لعهدهن به وتجوز الثلاث لانها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي

غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وان أحب أن يجعل النهار مضافا الى الليل الذي يعقبه جاز لان ذلك لا يتفاوت

﴿مسئلة﴾ (وليس له البداءة باحداهن ولا السفر إلا بقرعة)

متى كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحدة منهن إلا بقرعة لان البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولانهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير الى القرعة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرجت لها القرعة خرج بها معه متفق عليه فالقرعة في السفر منصوص عليها وابتداء القسم مقيس عليه

﴿مسئلة﴾ (إذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية)

لتعين حقها فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لان حقها متعين فان كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداءة باحدى الباقيتين فان كن أربعا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للاولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكانت لكل واحدة ما خرج لها

﴿مسئلة﴾ (وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب)

ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب الشافعي وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل الى التسوية بينهن في ذلك فان قلبه قد يميل إلى

ولنا أن النبي ﷺ انما قسم ليلة وليلة ولان التسوية واجبة وانما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فاذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقا للاخرى فلم يجز جعلها للاولى بغير رضاها ولانه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ، ولأنه اذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الاخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ، ولان التأخير آفات فلا يجوز مع امكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالدين الحالة وسائر الحقوق

(فصل) فان قسم لاحداهما ثم طلق الاخرى قبل قسمها أثم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجعة أو نكاح قضى لها لانه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر اذا أيسر بالدين فان قسم لاحداهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي أو لا تبت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم . فان عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض الناشز لانها أسقطت حق نفسها ، وان كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً ليساويهن فان نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة فانه يقسم لها ثلاثا وللناشز

إحداهما دون الاخرى قال الله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبلة ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبلة واللمس ونحوهما لانه اذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان له ان يفضل احداهما على الاخرى في النفقة والشهوات والسكنى اذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه ارفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجبت لم يمكنه القيام بها الا بحرج فسقط وجوبها كالتسوية في الوطء

﴿مسئلة﴾ (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وان كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن ابي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وابو عبيد وذكر ابو عبيد انه مذهب الثوري والاوزاعي واهل الرأي وقال مالك في احدى الروايتين عنه يسوي بين الحرة والامة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء فكذلك هذا

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقول إذا تزوج الحرة على الامة قسم للامة ليلة وللحرة

ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فان كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي المظلومة فانه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكراً وثلاث إن كانت ثيبا لحق العقد ثم يقسم بينها و بين المظلومة خمسة أدوار على ماقدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

(فصل) فان كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقها عنه بذلك فاما إن يمضي إلى الغائبة في أيامها ، واما أن يقدمها اليه ويجمع بينهما في بلد واحد فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها ، وان أحب القسم بينها في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب مايمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعا ، ولا يجوز إلا برضى الزوج لان حقه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق في ذلك لها لايخرج عنهما فان أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت انما منعته المزاحمة بحق صاحبتها فاذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما لو كانت منفردة . وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة

ليلتين رواه الدار قطني واحتج به أحمد ولان الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً فكان حظها الايواء ويخالف النفقة والسكنى فانه مقدر بالحاجة وحاجتها كحاجة الحرة وأما قسم الابتداء فانما شرع لزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظها

(فصل) والمسلمة والكتابية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للامة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهري والحكم وحماد ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لان الامة لايتم تسليمها ولا يحتمل لها الايواء التام بخلاف الكتابية

(فصل) فان أعتقت الامة في ابتداء مدتها أضاف الى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة وان كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ولم يقض لها ما مضى لان الحرية حصلت لها بعد استيفاء حقها وإن عتقت قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لانها تساويا فسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة وليس لسيدها الاعتراض عليها ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت

فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه، ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي؟فأخذت خماراً مصبوغا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ « اليك يا عائشة انه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالامر فرضي عنها. فاذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة، وان وهبتها الزوج فله جعلها لمن شاء لانه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وان شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وان وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز، ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة والى بينهما، وان كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة، ولان في ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز. وكذلك الحكم إذا وهبتها الزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها. وفيه وجه آخر انه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق. والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها. ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لانها هبة

اسقاطه، وذكر القاضي ان قياس قول احمد انه يستأذن سيد الامة في العزل عنها ان لا يجوز هبتها لحقها من القسم الا باذنه، وهذا لا يصح لان الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للمولى فيه حق ولان المطالبة بالفيئة للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان القسم للانس وذلك حاصل ممن لا توطأ وقد روت عائشة ان رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور على نسائه ويقول « أين أنا غدا أين أنا غدا » رواه البخاري، فان شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، قالت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى النساء فاجتمعن قال « اني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن » فأذن له رواه ابو داود. فان لم يأذن له أقام عند احداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب، فان كان الزوج مجنونا لا يخاف منه طاف به الولي عليهن وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لا يحصل منه أنس ولا فائدة فان لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لانه حق ثبت في ذمته فلزمه ايفاؤه حال الافاقة كالمال

(مسئلة) (ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن

لم تقبض وليس لها الرجوع فيامضى لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فان لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ،وان كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز فان عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سافرت زوجته باذنه فلا نفقة لها ولا قسم وان كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)

وجملة الامر انها اذا سافرت في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقي والقاضي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللشافعي فيه قولان (أحدهما) لا يسقط حقها لانها سافرت باذنه أشبه مالو سافرت معه

ولنا أن القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما اذا سافرت معه لانه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط

سواء في القسم) وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لهن ، فأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالعاقلة ، وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخل في ليلتها الى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية فان لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها ذلك من حق الأخرى)

وجملة ذلك انه اذا دخل في زمنها الى ضرتها فان كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ولم يلبث أن خرج لم يقض وإن أقام وبرأت المرأة المريضة قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وإن دخل لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لانه لا فائدة في قضاء اليسير ، وان دخل عليها فجامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى (والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وهذا هو الصحيح لان اليسير مع الجماع أشق على ضرتها وأغيظ لها من الكثير من غير جماع فكان وجوب قضائه أولى ، فأما الدخول الى المرأة في يوم غيرها في النهار فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج الى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها فيجوز لذلك ولما روت عائشة قالت كان

القسم وجها واحدا لأنه لو سافر عنها اسقط قسمها والتعذر من جهته فاذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطها اذا سافرت بغير اذنه فانه اذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه . فأما ان أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لانها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها وانما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن الا بقرعة فاذا قدم ابتدأ القسم بينهن)

وجملته ان الزوج اذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج الى قرعة لان القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وان اراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها الا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك ان له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة روت ان النبي ﷺ كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه متفق عليه . ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع ، واذا دخل عليها لم يجامعها ولم يطل عندها لان السكن يحصل بذلك وهي لاتستحقه ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان (أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لانه يحصل به السكن فأشبه الجماع فان أطال المقام عندها قضاه وان جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ماذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ماذكرنا إلا انه لا يقضي اذا جامع في النهار. ولنا انه زمن يقضيه اذا طال المقام فيقضيه اذا جامع كالليل

(فصل) فان خرج من عند بعض نسائه في زمانها فان كان في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج الى الصلاة جاز فان المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه ، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقض لها لانه لا فائدة في قضاء ذلك وان أقام قضاه لها سواء كانت اقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر لان حقها قد فات بغيبته عنها، وان أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الاخرى مثل ماغاب عن هذه جاز لان التسوية تحصل بذلك ولانه اذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منهما فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لانه أبلغ في المماثلة والقضاء يعتبر فيه المماثلة كقضاء العبادات والحقوق ، وان قضاه من غيره من الليل مثل أن فاته في اول الليل فقضاه في

وان أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضا فقد روت عائشة ان النبي ﷺ كان اذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه، وهذا معنى قول الخرقي فاذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن داود انه يقضي لقول الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل)

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولان هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بازاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن ان سافر باحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لان قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

(فصل) إذا خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لان القرعة

آخره او بالعكس جاز في احد الوجهين لانه قد قضى بقدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة . اذا ثبت هذا فانه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الاخرى لئلا يفوت حق الأخرى فيحتاج الى قضاء ، ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها واما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر مافات من حقها وله أن يترك من ليلة كل واحدة مثل مافات من ليلة هذه، واما أن يقسم المتروك بينهما مثل ان يترك من ليلة احداهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الاخرى ساعة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة

(فصل) والاولى ان يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ولانه اصون لهن واستر حتى لا يخرجن من بيوتهن ، فان اتخذ لنفسه منزلا يدعو اليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها جاز ذلك لان الرجل ينقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من اجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وان اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لان له ان يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وان حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن اجابته لان عليهن في ذلك ضرراً ، وان أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فان أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن، وقال القاضي

لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضي الزوج لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضي الزوج وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وإن رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي وإن رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لأن الحق لهن إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى وذكر القاضي احتمالا ثانياً أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لانه في حكم الاقامة وهو وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الاقامة لم تجز المسافرة باحداهن دون الاخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الاخرى، ومتى سافر باحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لانه سفر واحد قد أقرع له وإن أقام في بلدة مدة احدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لانه في حكم السفر تجري عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لانه خرج عن حكم السفر وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل لانه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلده أو بلد أخرى لم يقض ماسافره لانه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

(فصل) إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن

له أن يقسم ليلة ليلة وليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذه ليلة وهذه ليلة لانه أقرب لعهدهن به، ويجوز الثلاث لأنها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قسم ليلة ليلة ولان التسوية واجبة وانما جوزنا البداية بواحدة لتعذر الجمع فاذا بات عند احداهن ليلة بقيت الليلة الثانية حقاً للأخرى فلم يجز جعلها للاولى بغير رضاها ولانه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ولانه اذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الاخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ولان للتأخير عليها ضرر فان لم يفعل فلا يجوز مع امكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال، والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق

(فصل) فان كانت امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فاما أن يمضي الى الغائبة في ايامها وإما أن يقدمها اليه فيجمع بينهما في بلد واحد فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن

له إفراد إحداهن به لان هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فان خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فان لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لاحد ولا يحتاج الى قرعة لانه سوى بينهن وان أراد افراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة فاذا وصل إلى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لانه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه

(فصل) إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً وثلاثا إن كانت ثيبا ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة وان أراد السفر باحداهما أقرع بينهما فان خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ودخل حق العقد في قسم السفر لانه نوع قسم وان وقعت القرعة للاخرى سافر بها فان حضر قضى للجديدة حق العقد لانه سافر بعد وجوبه عليه وان تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لانه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالاخرى معه (والثاني) لا يقضيه لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها لانه لا يحصل للمسافرة من الايواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه فان قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الاولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجها واحداً وفيما زاد الوجهان

أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر أو أكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصل) فان قسم ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي ولا تبت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم فان عادت بعد ذلك الى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض للناشز لانها أسقطت حق نفسها ، فان كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً لتساويهن فان نشزت احداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ثلاثا وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمسة ثم يستأنف القسم بين الجميع ،فان كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فانه يخص الجديدة بسبع ان كانت بكرا وثلاث ان كانت ثيبا ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أراد النقلة من بلد الى بلد وأخذ احداهن معه والاخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة)

وجملة ذلك ان الزوج اذا أراد الانتقال بنسائه الى بلد آخر فأمكنه استصحاب الكل في سفره فعل وليس له افراد احداهن به لان هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج الى نقل جميعهن، فان خص

ويحتمل في المسئلة الاولى وجهاً ثالثاً وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها ، وان كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً ان كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعاً فانه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات . روي ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر، وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قول الاوزاعي ، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي لا فضل للجديدة في القسم فان أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً

ولنا ماروى أبو قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم قال أبو قلابة لو شئت لقلت ان أنساً رفعه الى النبي ﷺ متفق

احداهن قضى للباقيات كالحاضر فان لم يمكنه الجمع أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضى لاحد ولا يحتاج الى قرعة لانه سوى بينهن ، وان أراد افراد بعضهن بالسفر معه لم يجز الا بقرعة فاذا وصل الى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لانه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للاخرى)

وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه كلهن معه أو تركهن كلهن لم يحتج إلى قرعة ، لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له ذلك إلا بقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، متفق عليه ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم ، وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه، فصارت القرعة لعائشة وحفصة ، رواه البخاري . ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد

عليه ، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائي » رواه مسلم ، وفي لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفي لفظ « وإن شئت زدتك ثم حاسبتك به للبكر سبع والثيب ثلاث » وفي لفظ رواه الدارقطني « إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الاحاديث المرفوعة في هذا الباب على ماقلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة

(فصل) والامة والحرة في هذا سواء ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرة كسائر القسم (والثالث) البكر من الاماء أربع والثيب ليلتان تكيلا لبعض الليلة

ولنا عموم قوله عليه السلام « البكر سبع والثيب ثلاث » ولانه يراد للانس وازالة الاحتشام والامة والحرة سواء في الحاجة اليه فاستويا فيه كالنفقة

(فصل) يكره أن يزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة حق عقد احداهما لأنه لايمكنه أن يوفيهما حقهما وتستضر التي لايوفيها حقها وتستوحش فان فعل فأدخلت احداهما قبل الاخرى بدأبها

قدومه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولان هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بازاء ما حصل من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل لكن ان كان مسافراً باحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لان قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وانما يقضي منها ما أقام منها بمبيت ونحوه فاما زمان السير فلم يحصل لها منه الا المشقة والتعب فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

(فصل) فان خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لان القرعة لا توجب وانما تعين من تستحق التقديم فان أراد السفر بغيرها لم يجز لانها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها الى غيرها وان وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز اذا رضي الزوج لان الحق لها فيجوز هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضاه كما لو وهبت ليلتها في الحضر وان وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وان امتنعت من السفر معه سقط حقها اذا رضي الزوج، وان أبى فله اكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وان رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي، وان رضي الزوجات

فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم ، وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق العقد أتمه للاولى ثم قضى حق الثانية ، وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الاخرى بعدها

(فصل) واذا كانت عنده امرأتان فبات عند احداهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لان حقها آكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فاذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتديء القسم ، وذكر القاضي أنه اذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتديء القسم لان الليلة التي يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج اليه في نصف الليلة أو المجيء منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله

(فصل) وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم في أن عماده الليل وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وان تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة فان النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فان أطال قضاه ، وان كان يسيراً فلا قضاء عليه

كانهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لان الحق لهن الا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار الى القرعة، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى. وذكر القاضي احتمالا أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لانه في حكم الاقامة وهو وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الاقامة لم تجز المسافرة باحداهن دون الاخرى كما لا يجوز افراد احداهن بالقسم دون غيرها ، ومتى سافر باحداهن بقرعة ثم بدا له بعد السفر نحو أن يسافر الى القدس ثم يبدو له فيمضي الى مصر فله استصحابها معه لانه سفر واحد قد أقرع له فان أقام في بلدة مدة احدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لانه في حكم السفر يجري عليه أحكامه وان زاد على ذلك قضي الجميع مما أقامه لانه خرج من حكم السفر وان أجمع على المقام قضى ما أقامه وان قل لانه خرج عن حكم السفر ثم اذا خرج بعد ذلك الى بلد ، أو بلدة أخرى لم يقض ما سافره لانه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

﴿ مسئلة ﴾ (وان امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير اذنه سقط حقها من القسم)

لا نعلم خلافا في ذلك لانها عاصية له بمنع نفسها منه فسقط حقها كالناشزة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أشخصها هو فهي على حقها من ذلك)

﴿مسئلة﴾ قال (واذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها فان أظهرت نشوزا هجرها فان أردعها والا فله أن يضربها ضربا لا يكون مبرحا)

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع اذا دعاها، ولا تصير اليه الا بتكره ودمدمة فانه يعظها فيخوفها الله سبحانه وبذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فان أظهرت النشوز وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى (واهجروهن في المضاجع) قال ابن عباس لاتضاجعها في فراشك. فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد اذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربا غير مبرح. فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى (واضربوهن) ولانها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولان

نحو أن يبعثها في حاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لانها لم تفوت عليه التمكين، ولا فات من جهتها وانما حصل بتفويته فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها، وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً.

(مسئلة) (وان سافرت لحاجتها باذنه فعلى وجهين)

اذا سافرت المرأة في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم في أحد الوجهين، هذا الذي ذكره الخرقي والقاضي، وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انها لا تسقط، وهو قول الشافعي لانها سافرت باذنه اشبه مالو سافرت معه، ووجه الاول ان القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها، وفارق ما اذا سافرت معه لانه لم يتعذر ذلك ويحتمل ان يسقط القسم وجهاً واحداً لانه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فاذا تعذر من جهتها بسفر كان اولى ويكون في النفقة الوجهان

(مسئلة) (وللمرأة ان تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها باذنه او له فيجعله لمن شاء منهن) لان الحق لها وللزوج فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق لا يخرج عنهما فان أبت الموهوبة

عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرقي المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالاسهل فالاسهل كمن هجم منزله فأراد إخراجه . وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن) الآية ففيها اضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعي قولان كهذين فان لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبي ﷺ « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » رواه مسلم ومعنى غير مبرح أي ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد ابن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لان المقصود التأديب لا الاتلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يارسول الله ماحق زوجة أحدنا عليه؟ قال « أن يطعمها اذا طعمت ويكسوها إذا اكتسيت ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت » وروى عبدالله بن زمعة عن النبي ﷺ قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع ثابت في كل وقت انما منعته المزاحمة لحق صاحبتها فاذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها وان كرهت كما لو كانت منفردة، وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة ، متفق عليه ونحو ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي ؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت الى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إليك ياعائشة انه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فأخبرته بالامر فرضي عنها اذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لانه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض، وان وهبتها لواحدة كفعل سودة جاز ثم ان كانت تلي ليلة الموهوبة والى بينهما ، وان كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله ، وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضربا رفيقا غير مبرح ، وقال علي رضي الله عنه في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أدبوهم، وروى أبو محمد الخلال باسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « رحم الله عبداً علق في بيته سوطا يؤدب أهله » فان لم تصل فقد قال احمد أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن . قال احمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لاحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربها ، والاصل في هذا ماروى الاشعث عن عمر أنه قال يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ لا تسألن

كما لو كانت باقية للواهبة ولان في ذلك تأخير الحق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز، وكذلك الحكم اذا وهبتها الزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها، وفيه وجه آخر انه لا يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها

(مسئلة) (فتى رجعت في الهبة عاد حقها ولها ذلك في المستقبل لانها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى) لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فان لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئا لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها فان كان عوضها غير المال مثل ارضاء زوجها عنها أو غيره جاز لان عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

﴿ مسئلة ﴾ (ولا قسم عليه في ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء)

ومن له نساء واماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وان شاء أقل وإن شاء أكثر ، وان شاء ساوى بين الاماء وان شاء فضل ، وان شاء استمتع ببعضهن دون بعض، بدليل قوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يقسم لهما ولان الامة لا حق لها في الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بجب السيد ولا عنته ولا يضرب لها مدة الايلاء

(مسئلة) (ويستحب التسوية بينهن لئلا يضر ببعضهن وان لا يعضلهن ان لم يرد الاستمتاع بهن) اذا احتاجت الامة الى النكاح وجب عليه اعفافها اما بوطئها أو تزويجها أو بيعها

(فصل) قال رحمه الله (واذا تزوج بكراً أقام عندها سبعاً ثم دار ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً ان كانت بكراً ولا يقضيها

رجلا فيم ضرب امرأته. رواه ابو داود، ولانه قد يضربها لاجل الفراش، فان أخبر بذلك استحيا، وان أخبر بغيره كذب

(فصل) واذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها اما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس ان تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) روى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي

وعن عائشة ان سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت: يا

للباقيات، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعاً فانه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات. روي ذلك عن انس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو عبيدة وابن المنذر.

وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر: البكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الاوزاعي، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي: لا فضل للجديدة في القسم فان أقام عندها قضاه للباقيات لانه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً.

ولنا ماروى أبو قلابة عن أنس قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم؛ قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنسا رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه. وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال« ليس بك على اهلك هوان إن شئت سبعت لك، وان سبعت لك سبعت لنسائي» رواه مسلم، وفي لفظ«وإن شئت ثلثت ثم درت» وفي لفظ رواه الدارقطني « ان شئت أقمت ثلاثاً خالصة لك وان شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه

قال ابن عبد البر الاحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من ادلى بالسنة.

(فصل) والامة والحرة في هذا سواء ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرة كسائر القسم (والثالث) للبكر من الاماء اربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة.

ولنا عموم قوله عليه السلام«للبكر سبع وللثيب ثلاث»ولانه يراد للانس وازالة الاحتشام والامة والحرة سواء في الاحتياج الى ذلك فاستويا فيه كالنفقة

رسول الله يومي لعائشة فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا) رواه أبوداود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك ، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها ان رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فان شاءت رجعت

(مسئلة) قال (والزوجان اذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك الى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما)

وجملة ذلك ان الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان بان له انه من المرأة فهو نشوز قد

﴿مسئلة﴾ (وان زفت اليه امرأتان قدمت السابقة منهما ثم أقام عند الاخرى ثم دار وان زفتا معا قدم احداهما بالقرعة ثم أقام عند الاخرى)

يكره ان تزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة عقد احداهما لانه لا يمكنه أن يوفيها وتستضر التي لا يوفيها حقها، فان دخلت احداهما اليه قبل الاخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم، وان زفت الثانية في أثناء مدة العقد أتمه للاولى ثم قضى حق الثانية وان دخلتا عليه جميعا في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى للاخرى بعدها

(فصل) وإذا كان عنده امرأتان فبات عند احداهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لان حقها آكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فاذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم ثبت عند الجديدة ثم يبتديء القسم وذكر القاضي أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتديء القسم لان الليلة التي يوفيها الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضرتها وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج اليه في نصف الليلة أو المجيء منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء حقها بدون هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان أراد السفر فخرجت القرعة لاحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم بدأ بالاخرى فوفاها حق العقد)

إذا تزوج امرأتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لانه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالاخرى معه (والثاني) لا يقضيه لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها لانه لا يحصل للمسافرة من الايواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا

مضى حكمه ، وان بان انه من الرجل أسكنها إلى جانب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها .
وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه اسكنهما الى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف ، فان لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا مايريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما)

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لها إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما

فيتعذر قضاؤه فان قدم من سفره قبل مضي مدة يقضي فيها حق عقد الاولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجها واحداً وفيما زاد الوجهان، ويحتمل في المسئلة وجهاً ثالثاً وهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

(فصل) فان كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً وثلاثاً إن كانت ثيباً ثم يقسم بعد ذلك بينهما وبين القديمة وان أراد السفر باحداهما أقرع بينهما فان خرجت قرعة الجديدة سافرت معه ودخل حق العقد لانه سافر بعد وجوبه عليه

(مسئلة) (وإن طلق احدى نسائه في ليلتها أثم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجعة أو نكاح قضى لها لانه قدر على ايفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين

(مسئلة) (وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس)

لقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (وهو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) أي لتسكنوا في الليل ولتبتغوا من فضله في النهار . وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فيما ذكرنا فان تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج الى صلاة الجماعة فان النبي ﷺ لم يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فان أطال قضاه ولا يقضي اليسير

﴿ فصل في النشوز ﴾

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما وجب عليها من طاعته

(مسئلة) (فمتى ظهرت منها امارات النشوز بأن لا تجيبه الى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة ومتكرهة

أو ولاية عليهما (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما . روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك

وروى أبو بكر باسناده عن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال علي للحكمين هل تدريان ماعليكما من الحق؟ عليكما من الحق ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي كذبت حتى

وعظها فان أصرت هجرها في المضجع ما شاء ، وفي الكلام ما دون ثلاثة أيام فان أصرت فله أن يضربها ضرباً غير مبرح)

متى ظهرت من المرأة إمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ولا تصير اليه إلا بتكره ودمدمة فانه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما اوجب الله له عليها من الحق والطاعة وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من النفقة والكسوة وما يباح له من هجرها وضربها لقول الله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فان أظهرت النشوز وهو أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع ما شاء لقول الله تعالى (واهجروهن في المضاجع) قال ابن عباس لا تضاجعها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام »وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد ان عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح ظاهر هذا إباحة ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن) ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولان عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود،ووجه قول الخرقي أن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالاسهل فالاسهل كمن هجم عليه منزله فأراد اخراجه ، وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن) الآية ففيها اضمار تقديره واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل اظهاره وللشافعي قولان كهذين فاذا لم ترتدع بالهجر والوعظ فله ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن)وقال النبي صلى الله عليه

ترضى بما رضيت به ، وهذا يدل على انه أجبره على ذلك ، وروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكما من أهله عبدالله بن عباس وحكما من أهلها معاوية فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ماكنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا ، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى اذا امتنع ، إذا ثبت هذا فان الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذه من شروط العدالة سواء

وسلم « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » رواه مسلم ومعنى غير مبرح أي ليس بالشديد قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لان المقصود التأديب لا الاتلاف وقد روى ابو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال « أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت » وروى عبد الله بن زمعة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم » ولا يزيد في ضربها على عشرة أصوات لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط الا في حد من حدود الله » متفق عليه

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله تعالى وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رقيقا غير مبرح وقال علي في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أدبوهم وروى الخلال باسناده عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً علق في بيته سوطاً يؤدب أهله » فان لم تصلي فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من الجنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لاحد أن يسأله ولا أبوها لم يضربها ؟ والاصل في هذا ما روى الاشعث عن عمر أنه قال يا اشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تسألن رجلا فيما ضرب امرأته » رواه ابو داود لانه قد يضربها لاجل الفراش فان أخبر بذلك استحيا وان أخبر بغيره كذب

(فصل) وان خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس ان تضع عنه بعض حقوقها لتسترضيه بذلك لقوله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا) وروى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فانت في حل من النفقة علي والقسمة لي وعن عائشة ان سودة

قلنا هما حاكمان أو وكيلان لان الوكيل اذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون الا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لانه مفتقر إلى الرأي والنظر قال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لان العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة والأولى أن يقال ان كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لان توكيل العبد جائز وان كانا حكمين اعتبرت الحرية لان الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لامر الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا

بنت زمعة حين أسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله يومي لعائشة فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها قالت ففي ذلك أنزل الله جل شأنه وفي اشباهها أراه قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً) رواه ابو داود ومتى صالحت على ترك شيء من قسمها او نفقتها او على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك قال احمد في الرجل يعيب على امرأته فيقول لها ان رضيت على هذا والا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فان شاءت رجعت

(مسئلة) (فان ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له اسكنهما الحاكم الى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف)

وجملة ذلك ان الزوجين اذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان كان من المرأة فهو نشوز وقد ذكرناه وان بان انه من الرجل اسكنهما الى جنب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه اسكنهما الى جنب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف لان ذلك طريق الانصاف فتعين فعله كالحكم بالحق

(مسئلة) (فان خرجا الى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين)

والاولى ان يكونا من اهلها للآية بتوكيلها ورضاهما فيكشفان عن حالها ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما او تفريق بطلاق او خلع فما فعلا من ذلك لزمهما والاصل في ذلك قوله سبحانه (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما)

(مسئلة) (فان امتنعا من ذلك لم يجبرا عليه وعنه أن الزوج ان وكل في الطلاق بعوض أو وكلت المرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم اليهما ذلك)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه انهما وكيلان لها ولا يملكان التفريق إلا باذنهما وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما، روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي

من غير أهلهما جاز لان القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك ارشاداً واستحبابا فان قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أوصلح وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه فان امتنعا من التوكيل لم يجبر أو ان قلنا إنهما حكمان فانهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أوأبياه

(فصل) فان غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين امضاء رأيهما ان قلنا إنهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبة وان قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لان كل واحد

والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضى الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك، وروى أبو بكر باسناده عن عبيدة السلماني ان رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، فبعثوا حاكمين ثم قال علي للحاكمين هل تدريان ماعليكما، من الحق؟ عليكما، من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي. فقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على انه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عقبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكما من أهله عبد الله بن عباس وحكما من أهلها معاوية، فقال ابن عباس لافرقن بينهما، وقال معاوية ما كنت لافرق بين شخصين من بني عبد مناف، فلما باتا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى عنه الدين من ماله اذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى اذا امتنع

(فصل) ولا يكون الحكمان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حكمان أو وكيلان لان الوكيل اذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لانه يفتقر الى الرأي والنظر، فقال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لان العبد عنده لاتقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة. قال شيخنا والاولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لان توكيل العبد جائز وإن كانا حاكمين اعتبرت الحرية لان الحاكم لايجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من غير أهلهما جاز لان القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الامر بذلك إرشاداً واستحبابا، فان قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أوصلح أو تأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على مايراه، فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا، وان قلنا إنهما حكمان فانهما يمضيان مايريانه من طلاق وخلع فينفذ حكمهما عليه رضياه أو أباه

من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وان كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كان حاكما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون

(فصل) فان شرط الحكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لانه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أودين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع وان أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لافي اسقاط الحقوق

(مسئلة) (فان غاب الزوجان أو احدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الاولى وينقطع على الثانية ، وان جنا انقطع نظرهما على الرواية الاولى ولم ينقطع على الثانية)

اذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز لهما امضاء رأيهما إن قلنا انهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبة ، وان قلنا انهما حكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لان كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز الا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم ، وان كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ماوكله فيه مع غيبته ، وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل ولا تبطل اذا قلنا انهما حاكمان لان الحاكم يحكم على المجنون . وذكر شيخنا في كتاب المغني أنه لا يجوز له الحكم أيضاً لان من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

(فصل) فان شرط الحاكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشرطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لانه اذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى ، وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع ، وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له او من الرجل إن لم ترض الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا في اسقاط الحقوق

﴿ كتاب الخلع ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)

وجملة الامر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أونحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ « ما شأنك ؟ قالت لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يارسول الله ﷺ كلما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الائمة مالك وأحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟ » فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام

﴿ كتاب الخلع ﴾

(مسئلة) (واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)

وجملة ذلك أن المرأة اذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه او كبره أو ضعفه أو نحو ذلك (وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما شأنك ؟ » قالت لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه حبيبة بنت سهل فذكرت ماشاء الله ان تذكر وقالت حبيبة يارسول الله كلما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت ابن قيس « خذ منها » فأخذ منها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الائمة مالك واحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ماأنقم على ثابت في دين ولا خلق الا اني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم فردتها عليه وامره ففارقها ، وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة

قال ابن عبدالبر ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبدالله المزني فانه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية

وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ماآتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك، إذا ثبت هذا فان هذا يسمى خلعا لان المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى افتداء لانها تفتدي نفسها بمال تبذله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)

(فصل) ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان

ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولانه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة

(فصل) ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه لان المنع من الطلاق في الحيض من

وطلقها تطليقة ولان حاجتها داعية الى فرقته ولا تصل اليها الا ببذل العوض فأبيح لها ذلك كشراء المتاع وبهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً خالفه الا بكر بن عبد الله المزني فانه لم يجزه وزعم ان آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلونا والخبر ولانه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعا ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك اذا ثبت هذا فانه يسمى خلعاً لان المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى افتداء لانها تفتدي نفسها بما تبذله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)

(فصل) ولا يفتقر الخلع الى حاكم نص عليه احمد فقال يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز الا عند السلطان

أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بادناهما ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها)

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً ، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروي ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره أبو بكر قال فان فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ماأرى أن يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئا واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت : والله ماأعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لاأطيقه بغضا ، فقال لها النبي ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم ، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد . رواه ابن ماجه ولانه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الاقالة

ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح ولانه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة :

(فصل) ولا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها لان المنع من الطلاق في الحيض لاجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع بسؤالها فيكون ذلك رضى منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه

(مسئلة) (وان خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لايجوز)

أي ان خالعته مع استقامة الحال كره لها ذلك ويصح الخلع في قول أكثر اهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وعن أحمد مايدل على تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع وهذا يدل على انه لايكون الخلع صحيحاً الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لان

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولانه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه فاذا ثبت هذا فانه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فان فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق

ولنا حديث جميلة وروي عن عطاء عن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها رواه أبو حفص باسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعته لغير ماذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)

في بعض النسخ بغير ماذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله لانه لو أراد الاول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة و لاخلاق ملتئمة

الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا الا يقيما حدود الله) وهذا صريح في التحريم إذا لم يخافا الا يقيما حدود الله ثم قال (فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما فيما افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) ، وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « المختلعات والمتبرجات هن المنافقات » رواه أبو حفص وأحمد في المسند وذكره محتجاً به وهذا يدل على تحريم المخالعة من غير حاجة ولانه اضرار واحتج من أجازه بقوله سبحانه (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في العقد وأجازه في الهبة قال شيخنا والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها في عموم آية الجواز مع ما عضدها من الاخبار

﴿ مسئلة ﴾ (فاما ان عضلها لتفدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها الا أن يكون طلاقاً فيكون رجعياً)

يعني بعضلها مضارا بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفدي نفسها فان فعلت فالخلع باطل والعوض مردود وروي نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي

فانه يكره لها ذلك فان فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي ، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود ، وقال ابن المنذر وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم ، وذلك لان الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)

وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود ، وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « المختلعات والمنتزعات هن المنافقات » رواه أبو حفص ورواه أحمد في المسند وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » واحتج من أجازه بقول الله سبحانه (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) قال ابن المنذر لايلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في

والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص

ولنا قول الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والاجر في الاجارة وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة . وان قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لايقع على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الاخرى انما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل العوض فقال مالك ان أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض فاما أن ضربها على نشوزها أومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لا يمنعهما ان لا يخافا الا يقيما حدود الله وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال « خذ بعض مالها وفارقها » ففعل رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه أوغيره لايريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعضلها ليذهب ببعض الذي آتاها ولكن عليه اثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن

العقد وأباحه في الهبة والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ماعضدها من الاخبار والله أعلم

(فصل) فأما ان عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص

ولنا قول الله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله) وقال الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والاجر في الاجارة ، واذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وان قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لا يقع على احدى الروايتين ، وعلى الرواية الاخرى انما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض

وقال مالك ان أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده ، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض

لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي اباحة ولانها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم الا يقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر لايجوز لانه عوض أكرهت عليه أشبه مالو لم تزن والعمل بالنص أولى

(مسألة) ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا لانه اذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلان يملكه محصلا للعوض أولى

(مسألة) (فان كان محجوراً عليه دفع المال الى وليه لان ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه

(مسألة) (وان كان عبداً دفع الى سيده لانه للسيد لكونه من اكتساب عبده واكتسابه له)

وإن كان مكاتباً دفع العوض اليه لانه يملك اكتسابه وهو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح القبض من كل من يصح خلعه فعلى قوله يصح قبض العبد والمحجور عليه لان من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس واحتج بقول احمد مامالكه العبد من خلع فهو لسيده وان استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد والاولى أنه لايجوز لان العوض في

(فصل) فأما ان ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لا يمنعهما أن لايخافا أن لايقيما حدود الله . وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعى النبي ﷺ ثابتا فقال «خذ بعض مالها وفارقها ففعل» رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي إباحة ولانها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي، والقول الآخر لا يصح لانه عوض أكرهت عليه أشبه مالو لم تزن والنص أولى

(فصل) اذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وان كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولا تسقط النفقة في المستقبل لانها ما وجبت بعد

الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه الى غير من هو له من غير اذن مالكه والعوض في خلع المحجور عليه ملك له الا انه لا يجوز تسليمه اليه لان الحجر أفاد منعه من التصرف وكلام أحمد محمول على ما أتلفه العبد قبل تسليمه على أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فانه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك لسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به فيما له وان سلمت العوض الى المحجور عليه لم يبرأ فان اخذه الولي منه برئت وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(مسئلة) (وهل للاب خلع ابنته الصغير أو طلاقها ؟ على روايتين)

(إحداهما) له ذلك قال احمد في رجلين زوج احدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم إن الابوين كرها هل لهما أن يفسخا ؟ قال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبدالله في هذه المسئلة الا هذه الرواية فيخرج على قولين (أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لانها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز ان يملك بها إزالته اذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون والاعسار وتزويج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لقول

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمباراة كسائر الديون ونفقة العدة اذا كانت حاملا ، ولان نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة ، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارأتك لان ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لابراءته من حقوقها

﴿مسئلة﴾ قال (والخلع فسخ في إحدى الروايتين ، والاخرى أنه تطليقة بائنة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين أنه فسخ ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي (والرواية الثانية) أنه طلقة بائنة ، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان ـ ثم قال ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ ثم قال ـ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ ، ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك

النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه وعن عمر أنه قال انما الطلاق لمن يحل له الفرج ولانه اسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين واسقاط القصاص ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الآية والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لانه في معناه فأما غير الاب فليس تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوطء الاب والحاكم على قول ابن حامد أولا يملكه لا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها)

لانه انما ملك التصرف بمالها فيه الحظ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها ويحتمل ان يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه فانه يجوز ان يكون لها الحظ فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحظ نفسها ومالها كما يجوز له بذله في مداواتها وفكها من الاسر ، وهذا مذهب مالك والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء إذا خالعوا في حق المجنونة والمحجور عليها للسفه والصغر فأما ان خالع بشيء من ماله جاز لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى ،

﴿مسئلة﴾ (ويصح الخلع مع الزوجة)

وقد ذكرناه ويصح مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل ان يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف

الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقا كغير الخلع وفائدة الروايتين انا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه، وإن خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه، وان خالعها مائة مرة، وهذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه، فاما ان بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لانه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض فان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم

(فصل) وألفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لانه ثبت له العرف والمفاداة لانه ورد به القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وفسخت نكاحك لانه حقيقة فيه فاذا أتى بأحد هذه الالفاظ وقع من غير نية، وما عدا هذه مثل بارأتك وأبرأتك وأبنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق، وهذا قول الشافعي الا أن له في لفظ الفسخ وجهين فاذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لان دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغنى عن النية فيه، وان لم يكن

علي وهذا قول أكثر اهل العلم وقال أبو ثور لا يصح لانه سفه فانه يبذل عوضاً في مقابلة مالا منفعة له فيه فان الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي

ولنا أنه بذل في اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه ولانه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ثمنه مع انه لا يسقط حقاً عن أحد فهنا أولى ولانه حق على المرأة يجوز أن يسقطه عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضى من ثبت له الملك وإن قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرد عليه بمهرها .

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف لانه بذل عوض في عقد معاوضة أشبه البيع)

(فصل) اذا قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف وطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الالف على باذلته لان الخلع من الاجنبي جائز وان طلق احداهما فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً وتلزم الباذلة بحصتها من الالف وهذا مذهب الشافعي الا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة . وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة إنما لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولانه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعاً منه فاذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) فان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم . قال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لان الشرط سلف في الطلاق والعوض

دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية الا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أومأ اليه أحمد وذهب ابو حفص العكبري وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب الخلع على وجهين: مستبرئة ومفتدية، فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لك قسما وأنا أفتدي نفسي منك فاذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لان اسحاق بن منصور روى قال قلت لاحمد كيف الخلع؟ قال اذا أخذ المال فهي فرقة، وقال ابراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة لها فيها، واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة «أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال «خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظا» ولان دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الاجرة وإن لم يشترطا عوضاً

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها بعوض، ولانه تصرف

نقضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لان العقد يستقل بذلك العوض.

ولنا أنها بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فان لم يف لها بشرطها فعليه الاقل من المسمى أو الالف الذي شرطته ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض لانها انما بذلته بشرط لم يوجد فلم يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

﴿ مسألة ﴾ (فان خالعته الامة على شيء معلوم بغير اذن سيدها كان في ذمتها تتبع به بعد العتق)

الخلع مع الأمة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير إذنه لان الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء فان كان الخلع بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فانه يتبعها إذا عتقت لانه رضي بذمتها وإن كان على عين فقال الخرقي إنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته ان لم يكن مثلياً لانها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له لانه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد فقال هو كالخلع على المغصوب لانها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب

في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ، ولان أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الايجاب كقبض أحد العوضين في البيع ، ولان الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وإن كان فسخا فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فانما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فان القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك انه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق الى النبي ﷺ ، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لانه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الائمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال ، به قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن

ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها ان سيدها أذن لها في ذلك ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك البين أو يكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لانه الوقت الذي تملك فيه كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لانه مستحق بعد تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب

(فصل) فان كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته في قياس المذهب كما لو أذن لعبده في أن يستدين ويحتمل أن يتعلق برقبة الامة بناء على استئذانها باذن سيدها وإن خالعته على معين باذن السيد فيه ملكه وان أذن في قدر من المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها وان أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد وان كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وان كانت مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها

(فصل) والحكم في المكاتبة كالحكم في الامة القن سواء لانها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها ان كانت غير مدخول بها واذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق وان كان باذن السيد سلمته مما في يدها وان لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعياً أما المحجور عليها للفلس فيصح خلعها وبذلها للعوض)

زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي واسحاق وابو ثور ، وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو ان يقول كل امرأة لي طالق وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة »

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ، ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولانها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعين كاقبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة وقال أبو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لان الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .

لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها وأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع وفارق الامة لانها أهل للتصرف تصح منها الهبة وغيرها من التبرعات باذن سيدها وفارق المفلسة لانها من أهل التصرف فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً وان لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض . ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه أنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله

﴿مسئلة﴾ (والخلع طلاق بائن الا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ والمفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق في أحدى الروايتين (والاخرى) هو طلاق بائن بكل حال)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع إذا لم ينو به الطلاق فروي عنه أنه فسخ اختاره أبو بكر وروي ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وهو أحد قولي الشافعي وروي عنه أنه طلقة بائنة بكل حال روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي

ولنا قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت به) وانما يكون فداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه واذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولان القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول واذا أكمل العدد

(فصل) فان شرط في الخلع أن له الرجعة، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك، لان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولانه لفظ يقتضي البينونة فاذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لان شرط العوض والرجعة متنافيان فاذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالاصل لا بالشرط ولانه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع، واذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض، لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فاذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى لانهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

(فصل) فان شرط الخيار لها أوله يوما أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع وبطل الخيار وبه قال أبو حنيفة فيما اذا كان الخيار للرجل، وقال اذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق

وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث قال ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان) ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان رابعا، ولانه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخا كسائر الفسوخ، ووجه الرواية الثانية أنها بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولانه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا كغير الخلع، وفائدة الخلاف أنا اذا قلنا انها طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فنقص بها عدد طلاقه وان خالعها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وان خالعها مائة مرة، وهذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه فأما ان بذلت العوض على فراقها فطلقها فهو طلاق لا اختلاف فيه وكذلك ان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع أو المفاداة ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لانه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض، وان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان

(فصل) والفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة الفاظ : خالعتك لانه ثبت له

ولنا أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل الى رفعه

(فصل) نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً هو له انما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك قيل له متى شاءت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع مالم تطلق واذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فتسترجع منه ما أعطته ، ولو قال اذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة قال أحمد ولو جعلت له امرأته الف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً ووجهه أن الالف في مقابلة تمليكه اياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليست الالف في مقابلة الفرقة

(فصل) إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائناً ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وان طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائناً فان كان بعد الدخول وقلنا إن الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك وان قلنا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فان أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجته حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها وان رجعت إلى الاسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

الفرق ، والمفاداة لانه ورد به في القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وفسخت نكاحك لانه حقيقة فيه فاذا أتى بأحد هذه الالفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل بارئتك وأبنتك فهو كناية لان الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق وهذا قول الشافعي الا أن له في لفظ الفسخ وجهين فاذا طلبت وبذلت العوض فاجابها بصريح الخلع أو كنايته صح من غير نية لان دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغنى عن النية فيه ، وان لم تكن دلالة حالة فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا تقع الكناية الا بنية ممن يلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ من الزوج . قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ اليه احمد ، وذهب ابو حفص العكبري وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبر واعترض عليه ابو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا ، فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين مستبرئة ومفتدية فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبرئك قسما وأنا أفدي نفسي منك فاذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لان اسحاق بن منصور روى عن أحمد قال قلت لاحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهي فرقة ، وقال ابراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت له اخلعني على مافي يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم)

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لانه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولان الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، واذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لانها لم تبذله ولا فوتت عليه مايوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجته من ملكه بردتها او رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة او مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وانما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب مارضيت بذله فأما ايجاب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا ان خالعها على مافي يدها من الدراهم صح فان كان

الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لارجعة فيها ، واحتج بقول النبي ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها ولا تزدد » ولم يستدع منه لفظا ولان دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الاجر وان لم يشترطا عوضا

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون لفظ كما لو سألته أن لا يطلقها بعوض ولانه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولان أخذ المال قبض بعوض فلم يقم بمجرده مقام الايجاب كقبض أحد العوضين في البيع ولان الخلع ان كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وان كان فسخا فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد ، فأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فانما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فان القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبولا للعوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي ﷺ أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لانه معلوم منه وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا .

في يدها دراهم فهي له ، وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه احمد لانه أقل مايقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كالووصى له بدراهم، وان كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لانه من الدراهم وهو في يدها، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك اذا كان في يدها

(فصل) والخلع على مجهول ينقسم أقساما (أحدها) أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها

(الثاني) أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا مايقع عليه اسم العبد ، وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في المسألة التي قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال : إذا أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبدا فهي طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه ، وقال القاضي له عليها عبد وسط وتأول كلام أحمد على انها أعطته عبدا وسطا والظاهر خلافه

ولنا انها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل مايقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم ، ولانه إذا قال ان أعطيتني عبداً فانت طالق فاعطته عبدا فقد وجد شرطه فيجب أن يقع

(مسئلة) (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو أنه يقول كل امرأة لي طالق وروي ذلك عن سعيد ابن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي ﷺ انه قال « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة »

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما ولانها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول والمنقضية عدتها ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولانها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا يعرف له أصل ولا ذكره أهل السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساكه العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة

الطلاق كما لو قال ان رأيت عبداً فانت طالق ولا يلزمها أكثر منه لانها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع

(الثالث) أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول ان أعطيتني ذلك فانت طالق فالواجب في الخلع مايقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها اذا أعطته اياه فيما اذا علق طلاقها على عطيته اياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لانها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة مافوتت وهو المهر

ولنا ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق، ولان المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالعها على مافي بيتها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا معلوما أو مجهولا وان لم يكن فيه متاع فله أقل مايقع عليه اسم المتاع ، وفي قول القاضي عليها المسمى في الصداق وهو قول أصحاب الرأي والوجه القولين ماتقدم

(الرابع) ان يخالعها على حمل أمتها او غنمها او غيرهما من الحيوان او قال على مافي بطونها او

وقال أبو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لان الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق وأما قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت) وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ولان القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول واذا أكمل العدد

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض)

اذا شرط في الخلع الرجعة فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ،وهو قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك لان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولانه لفظ يقتضي البينونة فاذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث (والوجه الثاني) يصح ويبطل العوض فتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لان شرط العوض والرجعة يتنافيان فاذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالاصل لا بالشرط ولانه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع ، واذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فاذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ، ويحتمل أن يجب المسمى في الخلع لانهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

ضروعها فيصح الخلع ، وروي عن أبي حنيفة يصح الخلع على مافي بطنها ولا يصح على حملها

ولنا ان حملها هو مافي بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على مافي بطنها . اذا ثبت هذا فانه إن خرج الولد سليما او كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي لاشيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، وقال ابن عقيل لها مهر المثل ، وقال ابو الخطاب له المسمى وإن خالعها على مايثمر نخلها او تحمل أمتها صح ، قال احمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فان لم يحمل نخلها ترضيه بشيء ، قيل له فان حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك ، قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جائز فيحتمل قول احمد ترضيه بشيء اي له اقل مايقع عليه اسم الثمرة او الحمل فتعطيه عن ذلك شيئا اي شيء كان مثل ماالزمناه في مسئلة المتاع ، وقال القاضي لاشيء له وتأول قول احمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه ، وفرق بين هاتين المسئلتين ومسئلة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل مايقع عليه الاسم اذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء اذا لم يجد حملا ولا ثمرة ثم اوهمته ان معها دراهم وفي بيتها متاع لانها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع امكان علمها به فكان له مادل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حرا وفي هاتين المسئلتين دخل معها في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاها بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال ابو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم

(فصل) نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي فأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له اذا قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع مالم تطلق واذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فتسترجع منه ماأعطته ، ولو قال اذا جاء رأس الشهر فامرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يجوز الرجوع فيه لولم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة ، قال أحمد ولو جعلت له امرأته الف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئا ، ووجهه أن الالف في مقابلة تمليكه اياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليس الالف في مقابلة الفرقة

(فصل) اذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد ردتها قبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائنا ، فان كان بعد الدخول وقلنا ان الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك ، وإن قلنا تقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فان أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجة حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها ، وإن عادت إلى الاسلام تبينا ان الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يصح الخلع إلا بعوض في إحدى الروايتين فان خالعها بغير

ولنا أن ماجاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية ، واختار ابو الخطاب ان له في هذه الاقسام الثلاثة المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح ابو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص احمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم

(فصل) اذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح وكذلك ان جعلا وقتاً معلوما قل او كثر ، وبهذا قال الشافعي لان هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالعته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكرا مدته صح أيضاً وينصرف إلى مابقي من الحولين نص عليه احمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين ؟ قال نعم ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح حتى يذكرا مدة الرضاع كما لا تصح الاجارة حتى يذكرا المدة

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال فحمل على مافسرته الآية الاخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر ، وقال النبي ﷺ « لا رضاع بعد فصال » يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على ذلك أيضاً ولا يحتاج إلى وصف الرضاع لان جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الاجارة ، فان ماتت المرضعة أوجف لبنها فعليها اجر المثل لما بقي من المدة وإن مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينفسخ ويأتيها

أعوض لم يقع إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعياً ، والاخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقي

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروى عنه ابنه عبد الله قال : قلت لابي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك ؟ قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديداً وتكون عنده على شيء فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لانه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق ، ولان الاصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها أو حاجة الى فراقه فتسأله فراقها فاذا أجابها حصل المقصود من الخلع فيصح كما لو كان بعوض ، قال ابو بكر لاخلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في انه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخا (والرواية الثانية) لا يكون خلع الا بعوض روى عنه مهنا اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فان تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لانه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان الخلع كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها ولذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف مااذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وإن قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا وانما هو كناية والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل العوض فيقوم مقام

بصبي ترضعه مكانه لان الصبي مستوفى به لامعقوداً عليه فأشبه مالو استأجر دابة ليركبها فمات

ولنا انه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان مايستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد ابداله في حياته، ولانه لايجوز ابداله في حياته فلم يجز بعد موته كالرضعة بخلاف راكب الدابة، وإن وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لايرجع بشيء، وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا انه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه

(فصل) وان خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق إلى نفقة مثله، وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطلقا وقد ذكرناه في الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي ﷺ « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولان نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا وللوالد أن يأخذ منها مايستحقه من مؤنة الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفقه بعينه وان

النية وما وجد واحد منهما، ثم إن وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن يكمل الثلاث

(فصل) فان قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لانهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين وقد نص احمد على الجمع بين بيع وصرف انه يصح وهذا نظير لهذا

وذكر أصحابنا فيه وجها آخر انه لايصح لان أحكام العقدين تختلف والاول أصح لما ذكرنا وللشافعي قولان أيضا، فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد فيكون عوض الخلع مايخص المسمى وعوض العبد مايخص قيمته حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك، وإن وجدته حراً أو مغصوبا رجعت به لان له عوضه، وإن كان مكان العبد شقص مشفوع ثبتت فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بحصة قيمته من الالف لانها عوضه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها فان فعل كره وصح، وقال ابو بكر لايجوز ويترك الزيادة)

اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وإن كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها

أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وان أذن لها في إنفاقه على الصبي جاز ، فان مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحقه دفعة واحدة ، ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك ولم يعتبر الاجل ، ولانه انما فرق لحاجة الولد اليه متفرقا فاذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة

(والثاني) لا يستحقه الا يوما بيوم ، ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لانه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له ، ولان الحق لا يحل بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق وان وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ، ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين ، وان ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ان كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه ، وان كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه ، قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شيء ، قال ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها

وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً ، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروي ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره ابو بكر فان فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى ان يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئا ، واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ قالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضا ، فقال لها النبي ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد . رواه ابن ماجه ، ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الاقالة .

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولانه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك علي رضي الله عنه ومثل هذا اشتهر ولم ينكر فيكون اجماعا ولم يصح عن علي خلافه . اذا ثبت هذا فانه لا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد واسحاق وابو عبيد وإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه ابو حنيفة ومالك والشافعي ، قال مالك لم أزل أسمع اجازة الفداء بأكثر من الصداق

لم يصح عتقها له ، فلم يصحح عتقها له لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها اياه اذا تلف لانه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه انه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق ، وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه فان تلف قبل قبضه فالواجب مثله لانه من ذوات الامثال ، وقد ذكر القاضي في الصداق انه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان كان مكيلا أو موزونا لانه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله

(مسئلة) قال (وان خالعها على غير عوض كان خلعا ولا شيء له)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لابي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على ثنتين ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لانه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق ، ولان الاصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة الى فراقه فتسأله فراقها فاذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بعوض

قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله ان الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال

ولنا حديث جميلة وروي عن عطاء عن النبي ﷺ انه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها . رواه ابو حفص باسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة

(مسئلة) (وان خالعها على محرم كالخمر والحر فهو كالخلع بغير عوض اذا علما تحريمه)

ولا يستحق شيئا وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته ، وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم ولا يلزم اذا خلعها على عبد فبان حراً لانه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له . اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو كنايات الخلع فكذلك اذا نوى الطلاق ولان الكناية مع النية كالصريح ، وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل هو انه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان ، فان قلنا يصح صح ههنا ، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيء ، فان قال ان أعطيتني خمراً أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها

فلا نزاع في أنه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخا (والرواية الثانية) لايكون خلع الا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا الا على شيء الا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لايصح الخلع إلا بعوض فان تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وان لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح الا بعيبها وكذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء، بخلاف ماإذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وان قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا وانما هو كناية . والكناية لايقع بها الطلاق الا بنية أو بذل العوض فيقوم مقام النية وما وجد واحد منهما ثم ان وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث

(فصل) إذا قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لانهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين ، وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح وهو نظير لهذا ، وذكر أصحابنا فيه وجها آخر أنه لايصح لان أحكام العقدين تختلف ، والاول أصح لما ذكرنا والشافعي فيه قولان أيضا ، فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد فيكون عوض الخلع مايخص المسمى وعوض العبد مايخص قيمته حتى لو ردته

﴿ مسألة ﴾ (وان خالعها على عبد فبان حراً أو مستحقا فله قيمته عليها ، وان بان معيبا فله ارشه او قيمته ويرده)

وجملة ذلك أن الرجل اذا خالع امرأته على عوض فبان غير ماله او انه ليس لها مثل ان يخالعها على عبد بعينه فبان حراً أو مغصوبا او على خل فبان خمراً فالخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قال ابو ثور وصاحبا ابي حنيفة ، وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال وقد دخل على ان هذا المعين خل فكان له مثله ، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال، والصحيح الاول لانه انما وجب عليه مثله لو كان خلا كما تجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لاقيمة له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر ، واحتج ابو حنيفة بأن خروج البضع لاقيمة له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار ، واذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا او على أمة فخرجت أم ولد فقد سلمه ابو حنيفة ووافقنا فيه.

بعيب رجعت بقيمته، وان وجدته حراً أو مغصوبا رجعت به لأنه عوضه فان كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الالف لأنها عوضه

(فصل) وان خالعها على نصف دار صح ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لاقيمة له، ويتخرج أن فيه شفعة لان له عوضا، وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر؟ على وجهين، فاما إن خالعها ودفع اليها الفا بنصف دارها صح ولا شفعة أيضاً، وقال أبو يوسف ومحمد تجب الشفعة فيما قابل الالف لأنه عوض مال

ولنا أن إيجاب الشفعة تقويم البضع في حق غير الزوج والبضع لايتقوم في حق غيره، ولان الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه كما لو اشتراه بثمن واحد

(مسئلة) قال (ولو خالعها على ثوب فخرج معيبا فهو مخير بين أن يأخذ ارش العيب أو قيمة الثوب ويرده)

وجملة ذلك أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب أو أخذ الارش لأنه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق، ولا يخلو اما أن يكون على معين مثل أن تقول اخلعني على هذا الثوب. فيقول خالعتك ثم تجد به عيبا لم يكن علم به فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه، وان قال

(فصل) وان ظهر معيبا فله الخيار بين أخذ أرشه ورده، وأخذ قيمته لأنه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق فان كان على معين كقولها اخلعني على هذا العبد فيقول خالعتك ثم يجد به عيبا لم يكن علم به فهذا يخير فيه بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته على ماذكرنا، وان قال ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته اياه طلقت وملكه قال أصحابنا والحكم فيه كما لو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي الا أنه لايجعل له المطالبة بالارش مع امكان الرد، وهذا أصل ذكرناه في البيع وله قول أنه اذا رده رجع مهر المثل، وهذا الاصل ذكر في الصداق

(مسئلة) (وان خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح فان مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة)

أما اذا خالعها على سكنى دار معينة فلا بد من تعيين المدة كالاجارة فان خربت الدار رجع عليها بأجرة باقي المدة وتقدر بأجرة المثل وينفسخ العقد والاجارة إذا هلكت الدابة، وأما اذا خالعته على رضاع ولده مدة معلومة صح قل أو كثر وبهذا قال الشافعي لان هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالعته على رضاع ولده مطلقا ولم يذكر مدة صح أيضا وينصرف الى مابقي من الحولين نص عليه احمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين؟ قال نعم وقال أصحاب الشافعي لايصح حتى يذكر مدة الرضاع كما لاتصح الاجارة حتى يذكر المدة

ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلقت وملكه . قال أصحابنا والحكم فيه كما لو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لايجعل له المطالبة بالارش مع إمكان رده وهذا أصل ذكرناه في البيع، وله أيضا قول انه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الاصل ذكر في الصداق ، وان خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليما لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق ، فان دفعته اليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة فله الخيار بين امساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لانه انما وجب في الذمة سليما تام الصفات فيرجع بما وجب له لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها ، وان قال ان أعطيتني ثوبا صفته كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه ، وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لانه ماوجد الشرط . فان كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه ، قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته وهذا قول الشافعي إلا أن له قولا أنه يرجع بمهر المثل على ماذكرنا وعلى ماقلنا نحن فيما تقدم أنه اذا قال اذا أعطيتني ثوبا أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيبا طلقت وليس له شيء سواه ، وقد نص أحمد على من قال إن أعطيتني هذا الالف فأنت طالق فأعطته إياه فوجده معيبا فليس له البدل وقال أيضا إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق ويملكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته إياه فليس له

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل والفصال ههنا فحمل على ما فصلته الآية الاخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر . وقال النبي ﷺ « لارضاع بعد فصال » يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على المطلق من كلام الله تعالى ، ولا يحتاج الى وصف الرضاع لان جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الاجارة . فان ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقي من المدة ، وان مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قوليه لاينفسخ ويأتيها بصبي ترضعه لان الصبي مستوفى به لامعقوداً عليه فأشبه ما لو استأجر دابة ليركبها فمات

ولنا أنه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان ما يستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان لا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وان وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجرة رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثله كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه

غيره وذلك لان الانسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه ولأنها لم تدخل معه في معاوضة وإنما حققت شرط الطلاق فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت أو مالو قال ان أعطيت أباك عبداً فانت طالق فاعطته إياه

(فصل) إذا قال ان أعطيتني الف درهم فانت طالق فاعطته الفا أو أكثر طلقت لوجود الصفة وان أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وان أعطته الفاً وازنة تنقص في العدد طلقت وان أعطته الفا عدداً تنقص في الوزن لم تطلق لان إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الاسلام وهي ماكل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل ان الدراهم متى كانت تنفق برؤسها من غير وزن طلقت لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد لذلك وان أعطته الفا رديئة كنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق لان اطلاق الالف يتناول الفا من الفضة وليس في هذه الف من الفضة وان زادت على الالف بحيث يكون فيها الف فضة طلقت لأنها قد أعطته الفا فضة وان أعطته سبيكة تبلغ الفا لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فانها تسمى دراهم ، وان أعطته الفا رديء الجنس لخشونة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لان الصفة وجدت ، قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق الى نفقة مثله وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه ومايحل منه كل يوم . ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطلقاً وقد ذكرناه في الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولان نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا وللوالد أن يأخذ منها ما تستحقه من مؤونة الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفقه بعينه وان أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وان أذن لها في انفاقه على الصبي جاز فان مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤونة، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحقه دفعة واحدة ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد اذا خالعها على رضاع ولده فات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك فلم يعتبر الاجل ولأنه إنما فرق لحاجة الولد اليه متفرقا فاذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة (والثاني) لا يستحقه الا يوماً بيوم ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لانه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه في خبز يأخذ منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له ولان الحق لا يستحق بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق

(فصل) وان قال ان اعطيتني ثوبا مرويا فأنت طالق فأعطته هرويا لم تطلق لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته مرويا طلقت وان خالعها على مروي فأعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه ، وان خالعها على ثوب بعينه على انه مروي فبان هرويا فالخلع صحيح لان جنسهما واحد وانما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مرويا لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد

وقال أبو الخطاب : وعندي لا يستحق شيئا سواه لان الخلع على عينه وقد أخذه ، وان خالعها على ثوب على انه قطن فبان كتانا لزم رده ولم يكن له إمساكه لانه جنس آخر واختلاف الاجناس كاختلاف الاعيان بخلاف مالو خالعها على مروي فخرج هرويا فان الجنس واحد

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت فانه يقال أعطته فلم يأخذ ، ولانه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصا بما لي عليك أو أعطته به رهنا أو احالته به لم يقع الطلاق لان العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه ، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتفاء الشرط ، ولو قالت طلقني

وان وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين، وان ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أولا

(مسألة) (وان خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت)

وحكي جواز ذلك عن احمد وأبي حنيفة وهذا انما يخرج على اصل احمد اذا كانت حاملا اما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا يصح عوضاً وقال الشافعي لا تصح النفقة عوضاً فان خالعها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب بالعقد فلم يصح الخلع عليها كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها

ولنا انها احدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما اذا خالعته على كفالة ولده وقتاً معلوماً وقولهم انها لم تجب ممنوع فقد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض مايتلفه

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ان كان مكيلا او موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه وان كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه ، قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي فعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شيء ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها فلم يصح عتقها لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها إياه إذا تلف لانه عوض معين غير مكيل ولا موزون

بألف فطلقها استحق الالف وبانت وان لم يقبض نص عليه أحمد. قال أحمد ولو قالت لا أعطيك شيئا يأخذها بالالف ، يعني ويقع الطلاق لان هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الاول

(فصل) وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل الى دفعه فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي، وقال الشافعي ان قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفا فأنت طالق فذلك على التراخي ، وان قال ان أعطيتني او اذا أعطيتني ألفا فانت طالق فذلك على الفور فان أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر العطاء لم يقع الطلاق لان قبول المعاوضات على الفور فاذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأي فان فيهما تصريحا بالتراخي ونصاً فيه وان صارا معاوضة فان تعليقه بالصفة جائز أما ان واذا فانهما يحتملان الفور والتراخي فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور

ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخي كسائر التعاليق أو نقول علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض ، والدليل على أن مقتضاه التراخي انه يقتضيه اذا خلا عن العوض ومقتضيات الالفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما اذا علقها

فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ،ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق، فأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه إلا بقبضه فان تلف قبل قبضه فالواجب مثله لانه من ذوات الامثال وقد ذكر القاضي في الصداق أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان كان مكيلا أو موزونا لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ويصح الخلع بالمجهول)

وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الاول فاذا قلنا يصح فللزوج ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لانه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ولان الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح،واذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لانها لم تبذله ولا فوت عليه ما يوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجته من ملكه بردتها أو ارضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ،ولو قتلت نفسها أو قتلها اجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ولو

يتى أو بأي فكذلك في مسئلتنا ولا يصح قياس مانحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده ان أعطيتني ألفا فانت حر فانه كمسئلتنا وهو على التراخي، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق بألف ان شئت لم تطلق حتى تشاء فاذا شاءت وقع الطلاق بائنا ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لانه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فإنها وان كان محلها القلب فلا يعرف مافي القلب الا بالنطق فيعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك الا في انه على الفور عنده . ولو انه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمنت لي ألفا فقياس قول احمد انه على التراخي لانه نص على ان أمرك بيدك على التراخي ونص على انه اذا قال لها أنت طالق ان شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها، ومذهب الشافعي انه على الفور لما تقدم

ولنا انه لو قال لعبده ان ضمنت لي ألفا فأنت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على ألف ان شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمنت له ألفا كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل اليها لان أمرك بيدك توكيل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة، وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك ان ضمنت لي ألفا فمتى ضمنت له ألفا وطلقت نفسها وقع مالم يرجع، وان ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وانما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما إيجاب شيء لم يرض به فلا وجه له

(مسئلة) (فان خالعها على مافي يدها من الدراهم صح وله مافي يدها وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم)

نص عليه أحمد لانه أقل مايقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدراهم وان كان في يده أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لانه من الدراهم وهو في يدها واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقتضيها فيما اذا لم يكن في يدها شيء فكذلك اذا كان في يدها.

(مسئلة) (وان خالعها على مافي بيتها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً لان الخلع على المجهول جائز كالوصية به معلوما كان أو مجهولا لان الاسم يقع عليه وان لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع كالوصية وكالمسئلة قبلها)

(مسئلة) قال (واذا خالعها على عبد فخرج حرا أو استحق فله عليها قيمته)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خالع امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال مثـل ان يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً أو مغصوبا أو على خل فيبين خمراً فان الخلع صحيح في قول اكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضـع فلا يفسـد بفساد العوض كالنـكاح ولـكنه يرجع عليهـا بقيمتـه لو كان عبداً وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة، وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال . والصحيح الاول لأنه انما وجب عليها مثله لو كان خلا كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لاقيمة له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر ، واحتج أبو حنيفـة بأن خروج البضع لاقيمة له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار ، واذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا أو أم ولد فان أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه

وقال القاضي وأصحابه له المسمى في صداقها لانها فوتت عليه البضع بعوض مجهول فيجب فيه قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق وهو قول أصحاب الرأي ووجه القولين ما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فان لم تحملا فقال أحمد ترضيه بشيء. وقال القاضي لا شيء له)

اذا خالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على ما في بطونها أو ضروعها صح الخلع وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على ما في بطنها اذا ثبت هذا فان الولد إن خرج سليما أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وان لم يخرج شيء فقال القاضي لا شيء له وبه قال مالك وأصحاب الرأي وقال ابن عقيل له مهر المثل وقال أبو الخطاب له المسمى وان خالعها على ما تحمل أمتها أو على ما يثمر نخلها صح ، قال احمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فان لم تحمل نخلها ترضيه بشيء قيل له فان حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك قيل له يستقيم هذا؟ قال نعم جائز فيحمل قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه وفرق بين المسئلتين ومسئلة الدراهم والمتاع حيث يرجع منها على ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء اذا لم يجد حملا ولا ثمرة أن ثم أوهمته ان معها دراهم وفي بيتها متاع لانها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجد حراً وفي هاتين المسئلتين دخل

(فصل) وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر والخمر والخنزير والميتة فهو كالخلع بغير عوض سواء لا يستحق شيئا وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لأنه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم اذا خالعها على عبد فبان حراً لأنه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له ، اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك لان الكنايات مع النية كالصريح وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو انه هل يصح الخلع بغير عوض؟ وفيه روايتان فان قلنا يصح صح ههنا ، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئا ، وان قال ان أعطيتني خمراً أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها

(فصل) فان قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه وقع الطلاق بهما لانهما كالقن في التمليك وان أعطته حرا أو مغصوبا أو مرهونا لم تطلق لان العطية انما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا نكون معطية له ، وان قال إن أعطيتني هذا العبد فانت طالق فأعطته إياه

معها في النقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم

ولنا أن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه .

(مسئلة) (وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبداً وان قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقا بائنا وملك العبد نص عليه أحمد وقال القاضي يلزمها عبد وسط فيهما إذا خالعها على عبد مطلق أو عبيد وإن قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته اياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره وليس له الا ما يقع عليه اسم العبد وان خالعته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في مسئلة الدراهم وقال القاضي لها عليه عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها تعطيه عبداً وسطا وقد قال أحمد اذا قال اذا أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق والظاهر من كلامه خلاف ماذكره القاضي لانها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل مايقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم ولانه إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال ان رأيت عبداً فانت طالق ولا

فاذا هو حر أو مغصوب لم تطلق أيضا لما ذكره أبو بكر وأومأ اليه أحمد ، وذكر القاضي وجها آخر انه يقع الطلاق قال وأومأ اليه أحمد في موضع آخر لانه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه فاذا أعطته اياه وجدت الصفة فوقع الطلاق بخلاف غير المعين . ولاصحاب الشافعي أيضا وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل؟ على وجهين

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر الى الفهم منها عند اطلاقها التمكن من تمليكه بدليل غير المعين ولان العطية ههنا التمليك بدليل حصول الملك بها فيما اذا كان العبد مملوكا لها وانتفاء الطلاق فيما اذا كان غير معين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت له طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة)

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الالف فلا يستحق منه شيئا ، وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي له ثلث الالف لانها استدعت منه فعلا بعوض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض كما لو قال من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الالف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب . ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها اليه فلم يستحق شيئا كما لو قال في المسابقة من

يلزمها أكثر منه لانها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع

(فصل) فان أعطته مدبراً أو معتقا نصفه وقع الطلاق لانهما كالقن في التمليك وإن أعطته حراً أو مغصوباً أو مرهوناً لم تطلق لان العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له .

(فصل) فان خالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول ان أعطيتني ذلك فأنت طالق فالواجب في الخلع مايقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته اياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ماقبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لانها فوتت البضع ولم يحصل له العوض بجهالته فوجب عليها قيمة مافوتت وهو المهر

ولنا ماتقدم ولانها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت ولان المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب عليها بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه لمذهب أحمد ان يكون الخلع بالمجهول كالوصية به

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال اذا أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته اياه طلقت فان خرج معيباً فلا شيء له)

ذكره أبو الخطاب لانه شرط لوقوع الطلاق أشبه ما لو قال ان ملكته فأنت طالق ثم ملكه وان

سبق الى خمس اصابات فله ألف فسبق الى بعضها أو قالت بعني عبديك بألف فقال بعتك أحدهما بخمسمائة وكما لو قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فان أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئا فان قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الالف أن يطلقها ثلاثا قلنا لا نسلم أن على للشرط فانها ليست مذكورة في حروفه وانما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوى بينهما فيما اذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فان قالت طلقني ثلاثا ولك ألف فهي كالتي قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وإن طلقها ثلاثا استحق الالف ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها ، وقال ابو حنيفة لا يستحق شيئا ، وإن طلقها ثلاثا لانه لم يعلق الطلاق بالعوض

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه مالو قال رد عبدي ولك ألف فرده ، وقولهم لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فان معنى الكلام ولك ألف عوضا عن طلاقي فان قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان

خرج مغصوبا لم يقع الطلاق لان الاعطاء انما يتناول ما يصح تمليكه منها وما لا يصح تمليكه متعذر فلا يصح من جهتها اعطاء وعنه يقع وله قيمته وكذلك فيما اذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق ثم فأعطته عبداً مغصوباً لانه خالعها على عوض يظنه مالا فبان غير مال فيكون الخلع صحيحاً لانه معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح فعلى هذا يرجع عليها بالقيمة لانه لم يرض بغير عوض

(فصل) وان خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه اياه سليماً لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق فان دفعته اليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة فله الخيار بين امساكه ورده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لانه انما وجب في الذمة سليم تام الصفات فيرجع بما وجب له لانها ما أعطته الذي وجب عليها له فان قال ان أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لانه ما وجد الشرط فان كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعي الا أن له قولا أن يرجع بمهر المثل على ماذكرناه وعلى ماذكرنا فيما تقدم أنه قال إذا قال اذا أعطيتني ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته اياه معيباً طلقت وليس له سواه ، وقد نص أحمد على من قال ان أعطيتني هذا الالف فأنت طالق فأعطته اياه فوجده معيباً فليس له البدل وقال أيضاً ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا

العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولهذا لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين

(فصل) وإن قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا بانت بثلاث ، قال أصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي ، وقال المزني : لا يستحق الا ثلث الالف لانه انما طلقها ثلث ماطلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثا ، وقال ابن شريح ان علمت أنه لم يبق من طلاقها الا طلقة استحق الالف وان لم تعلم كقول المزني لانها ان كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت مايحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثا

(فصل) فان لم يبق من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال ابو بكر قياس قول أحمد أنه اذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فاذا لم يرقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها الا واحدة ومقتضى هذا انه اذا لم ينكحها نكاحا آخر انها ترجع عليه بالعوض وانما يفوت نكاحه اياها بموت أحدهما وان نكحها نكاحا آخر وطلقها

أعطته عبداً فهي طالق وتملكه وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته اياه فليس له غيره وذلك لان الانسان لا يلزمه شيء الا بالزام او التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وانما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه وقد ذكرناه

(فصل) اذا قال ان أعطيتني الف درهم فأنت طالق فأعطته الفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة وان عطته دون ذلك لم تطلق لعدمها وان أعطته ألفاً وازنة لا ينقص في العدد طلقت وان أعطته الفا عدداً ينقص في الوزن لم تطلق لان اطلاق الدراهم ينصرف الى الوازن من دراهم الاسلام وهي أن كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل أن الدراهم اذا كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت لانها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق اذا أعطته وازنة تنقص في العدد كذلك وان أعطته الفاً مغشوشة بنحاس أورصاص أونحوه لم تطلق لان اطلاق الالف يتناول الفاً من الفضة وليس في هذه ألف من الفضة وان زادت على الف بحيث تكون فيها الفضة طلقت لانها قد أعطته الفاً فضة وان أعطته سبيكة تبلغ الفاً لم تطلق لانها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فانها تسمى دراهم وان أعطته الفاردي الجنس خشونة او سواداً أوكانت خشنة السكة لان الصفة وجدت قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان اعطيتيني ثوباً هرويا فانت طالق فأعطته مروياً لم تطلق)

اثنتين لم ترجع عليه بشيء وان لم يطلقها الا واحدة رجعت عليه بالعوض كله ، وقال القاضي الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لانه سلف في طلاق ولا يصح السلم في الطلاق ولانه معاوضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فاذا بطل فيهما انبني ذلك على تفريق الصفقة فان قلنا تفرق فله ثلث الالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح

(فصل) وان قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الالف ، وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة انه لا يستحق شيئا لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحريمها لا يرتفع الا بزوج وإصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبذل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضا

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا فان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة لانها جاءا بعد بينونتها وهذا مذهب الشافعي وان قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالالف؟ فان قال

لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته هرويا طلقت وان خالعها على مروي فاعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه وان خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مرويا فالخلع صحيح لان جنسهما واحد وانما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين امساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته هرويا لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد وقال أبو الخطاب وعندي أنه لا يستحق شيئا سواه لان الخلع على عينه وقد أخذه وان خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتانا رده ولم يكن له امساكه لانه جنس آخر واختلاف الاجناس كاختلاف الاعيان بخلاف ما لو خالعها على هروي فخرج مرويا فان الجنس واحد.

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض بينة وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت فانه يقال أعطيته فلم يأخذ ولانه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصا بمالي عليك وأعطته به رهنا أو أحالته به لم يقع الطلاق لان العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه وكذلك كل موضع تعذرت العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته او من جهتها أو من جهة غيرها لانتفاء الشرط ولو قالت طلقني بالف فطلقها استحق الالف وبانت وان لم يقبض نص عليه احمد وقال احمد لو قالت لا أعطيك شيئا يأخذها بالالف يعني ويقع الطلاق لان هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الاول

الاولى بانت بها ولم يقع ما بعدها وان قال الثانية بانت بها ووقعت بها طلقتان ولم تقع الثالثة وإن قال الثالثة وقع الكل وإن قال نويت ان الالف في مقابلة الكل بانت بالاولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الالف فبانت بها وله ثلث الالف لانه رضي بان يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الالف لانه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قالت رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئا استحق الالف بالاولى ولم يقع بها ما بعدها ويحتمل أن تقع الثلاث لان الواو للجمع ولا تقتضي ترتيبا فهو كقوله أنت طالق ثلاثا بألف وكذلك لو قال لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا

(فصل) واذا قالت طلقني بألف أو على أن لك الفا أو ان طلقتني فلك علي الف فقال أنت طالق استحق الالف وان لم يذكره لان قوله جواب لما استدعته منه والسؤال معاد في الجواب فاشبه مالو قالت بعني عبدك بالف فقال بعتكه وان قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق فان قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق العوض لانه أجابها الى مابذلت العوض فيه وان قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضا لان الطلاق يتضمن ماطلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه مالو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا احتمل أن لا يستحق شيئا لانها استدعت منه فسخا فلم يجبها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان قال ان أعطيتني أو اذا أعطيتني أو متى أعطيتني الفاً فأنت طالق كان على التراخي أي وقت أعطته الفاً طلقت

وجملة ذلك أن تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل الى رفعه فان المغلب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وقال الشافعي اذا قال متى اعطيتني او متى ما أعطيتني واي حين او اي زمان اعطيتني الفاً فأنت طالق كان على التراخي وان قال ان اعطيتني او اذا اعطيتني الفاً فأنت طالق كان على الفور فان أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر الاعطاء لم يقع الطلاق لان قبول المعاوضات على الفور فان لم يوجد تصريح منه بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى واي فان فيها تصريحا بالتراخي ونصا فيه وان صارا معاوضة فان تعليقه بالصفة جائز اما ان واذا فانهما يحتملان على الفور والتراخي فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور

ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق اونقول علق الطلاق بلفظ مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لوخلا عن العوض والدليل على انه يقتضي التراخي انه يقتضيه اذا خلا عن العوض ومقتضيات الالفاظ لاتختلف بالعوض وعدمه وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما اذا علقها بمتى او بأي وكذلك في

اليه وأوقع طلاقا ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا لانه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض فأشبه ما لو طلقها ابتداء، ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فاذا لم يحصل العوض لم يقع لانه كالشرط فيه فأشبه ما لو قال ان اعطيتني الفا فأنت طالق وإن قالت طلقني بألف فقال خلعتك فان قلنا هو طلاق استحق الالف لانه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لانه كناية فيه وان لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضا لانه ما أجابها الى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لانها سألته طلاقا ينتقص به عدد طلاقه فلم يجبها اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لانه إنما خالعها معتمدا لحصول العوض فاذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه

(فصل) ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت وإن طلقها ثلاثا استحق الالف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الالف لانه قد حصل بذلك جميع المقصود

(فصل) ولو لم يبق من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال انت طالق طلقتين الاولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الاولى واستحق الالف ولم تقع الثانية وان قال الاولى بغير

مستثناة ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق، ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده ان اعطيتني الفا فأنت حر فانه كمسئلتنا وهو على التراخي على اننا قد ذكرنا ان حكم هذه الشروط حكم اللفظ المطلق

(فصل) اذا قال لامرأته أنت طالق بألف ان شئت لم تطلق حتى تشاء فاذا شاءت وقع الطلاق بائنا ويستحق الالف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لانه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وان كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب الا بالنطق فتعلق الحكم به، ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك الا انه على الفور عنده، ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمنت لي الفا فقياس قول أحمد أنه على التراخي لانه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ونص على أنه اذا قال لها أنت طالق ان شئت ان لها المشيئة بعد مجلسها ومذهب الشافعي على الفور لما تقدم

ولنا أنه لو قال لعبده إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على الف إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمنت له الفاً كان أمرها بيدها وله الرجوع عما جعل اليها لان أمرك بيدك توكيل منه لها، وله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة.

شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا لانه لم يجعل لها عوضا وكملت الثلاث وإن قال احداها بألف لزمها الالف لأنها طلبت منه طلقة بألف فاجابها اليها وزادها أخرى

(فصل) وان قالت طلقني بألف الى شهر أو اعطته الفا على أن يطلقها الى شهر فقال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا لانه بعوض وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولاشيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لانه اذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار ايقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعي اذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها بالف بانت وعليها مهر المثل لان هذا سلف في طلاق فلم يصح لان الطلاق لايثبت في الذمة ولانه عقد تعلق بعين فلايجوز شرط تاخير التسليم فيه

ولنا أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فاذا طلقها استحقه كما لو لم يقل الى شهر ولانها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالاصل ، وان قالت لك الف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن الى شهر صح في قياس المسئلة التي قبلها ، وقال القاضي لايصح لان زمن الطلاق مجهول فاذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لانه طلقها على عوض لم يصح لفساده

ولنا ماتقدم في التي قبلها ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لانه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولانه لو قال متى أعطيتني الفا فانت طالق صح ، وزمنه

وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك ان ضمنت لي الفاً فقي ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع مالم يرجع وإن ضمنت الالف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قالت اخلعني بالف أو على الف ففعل بانت واستحق الالف)

لان الباء للمقابلة وعلى في معناها فيقع العقد بهما ويستحق العوض ويكفي قوله وإن لم يذكر الالف لان قوله جواب لما استدعته منه والسؤال كالمعاد في الجواب فأشبه مالو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتك وكذلك إن قالت طلقني ثلاثاً بألف أو على ألف أو على أن لك الفا أو إن طلقتني فلك علي الف فقال أنت طالق لما ذكرنا .

(فصل) فان قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق ، فان قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق الالف لانه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضاً ، لان الطلاق يتضمن ما طلبت وهو البينونة وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه مالو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً واحتمل أن لا يستحق شيئاً لانها استدعت منه فسخاً فلم يجبها اليه وأوقع ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعياً لانه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه عوض فأشبه مالو طلقها ابتداء ، ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فاذا لم يحصل العوض لم يقع لانه كالشرط فيه فأشبه مالو قال إن أعطيتني الفاً فأنت طالق ، فان قالت طلقني بألف قال خلعتك فان

مجهول أكثر من الجهالة ههنا فان الجهالة ههنا في شهر واحد وثم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض ان له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله أعلم

(فصل) اذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطاً فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فأشبه مالو قال أنت طالق وعليك الحج فان أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لانه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفا لم يصح لان الضمان انما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك

وذكر القاضي أنه يصح لان ضمان مالم يجب يصح ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون أراد أنها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفا على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فانه يستحق الالف ، وكذلك اذا قالت طلقني طلقة بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لان قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد ، فان اختلفا فقال أنت استدعيت مني الطلاق بالالف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في بينونتها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ، وان قال ما استدعيت مني الطلاق وإنما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت

قلنا هو طلاق استحق العوض لانه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك لانه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لانه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لانها سألته طلاقاً ينقص به عدد الطلاق فلم يجبها اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لانه إنما خالعها معتقداً لحصول العوض فاذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض فيه من الخلاف مافيه

﴿مسئلة﴾ (واذا قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الالف)

وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة أنه لايستحق شيئاً لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحريمها لا يرتفع إلا بزوج واصابة وقد لا يريد ذلك ولا يبذل العوض فيه فلم يكن ايقاعا لما استدعته بل هو ايقاع مبتدأ فلم يستحق شيئاً

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، وان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة وهذا مذهب الشافعي ، وان قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالالف ؟ فان قال الاولى بانت بها ،

أن ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لان الأصل معه ولا يلزمها الالف لانه لا يدعيه وان قال انت طالق على الالف فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله انت طالق وعليك الف فانه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته انت طالق على الف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق يملك الرجعة ثانيا وقال القاضي في المجرد ذلك الشرط تقديره ان ضمنت لي ألفا فأنت طالق فان ضمنت له الفا وقع الطلاق بائنا وإلا لم يقع، وكذلك الحكم إذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الالف وكان خلعا والا لم يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أيضا ظاهر كلام الخرقي، لانه استعمل على بمعنى الشرط في مواضع من كتابه منها قوله واذا أنكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب (إني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقال (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً ؟) وقال موسى (هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً ؟) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح ، واذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت طالق ان أعطيتني ألفا أو ضمنت لي ألفا ، ووجه الاول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها عوضا لم تبذله فوقع رجعيا من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ولان على ليست للشرط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح أن يقول بعتك ثوبي على دينار

ولم يقع ما بعدها ، وان قال الثانية بانت بها ووقع بها طلقتان ولم تقع الثالثة ، وان قال الثالثة وقع الكل ، وان قال نويت أن الالف في مقابلة الكل بانت بالاولى وحدها ولم يقع بها مابعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الالف فبانت بها وله ثلث الالف لانه رضي أن يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الالف لانه أتى بما بذلت بالعوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قال رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئاً استحق الالف بالاولى ولم يقع ما بعدها، ويحتمل أن يقع الثلاث لان الواو للجمع لا تقتضي ترتيباً فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً بألف وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئاً ويحتمل أن يستحق ثلث الالف)

فعلى هذا يقع الطلاق ولا يستحق شيئاً ، ويحتمل أن يستحق ثلث الالف وهو قول أبي حنيفة وصاحبه ومالك والشافعي لانها استدعت منه فعلا بعوض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه كما لو قال: من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الالف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب

(فصل) واذا قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف وقع الثلاث واستحق الالف لان إيقاع الطلاق اليه وانما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق ، وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الالف الزائد لان القبول لما أوجبه دون مالم يوجبه وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد ، وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف ، وان قال أنت طالق طلقتين احداهما بالف وقعت بها واحدة لانها بغير عوض ووقعت الاخرى على قبولها لانها بعوض

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خالعته الامة بغير اذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ويتبعها اذا عتقت بمثله ان كان له مثل وإلا فقيمته)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الخلع مع الامة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير اذنه لان الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء

(الفصل الثاني) أن الخلع اذا كان بغير اذن سيدها على شيء في ذمتها فانه يتبعها اذا عتقت لانه رضي بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الخرقي أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته ان لم يكن مثليا

ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها اليه فلم يستحق شيئاً كما لو قال في المسابقة : من سبق الى خمس اصابات فله الف فسبق الى بعضها ، أو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتك أحدهما بخمسمائة ، وكما لو قالت طلقني ثلاثاً على الف عند أبي حنيفة ، فان قيل الفرق بينهما ان الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الالف أن يطلقها ثلاثاً ، قلنا لا نسلم أن على للشرط فانها ليست مذكورة في حروفه وانما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوى بينهما فيما اذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على الف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فان قالت طلقني ثلاثاً ولك الف فهي كالتي قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وان طلقها ثلاثاً استحق الالف ، ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئاً ، وان طلقها ثلاثاً لانه لم يعلق الطلاق بالعوض

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه مالو قال رد عبدي ولك الف فرده ، وقوله لم تعلق الطلاق بالعوض ممنوع فان معنى الكلام ولك الف عن طلاقي فان قرينة الحال دالة وان قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه المرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجباً للعوض دون الآخر وان كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان العقد لا يتعدد بتعدد

لانها لاتملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بدله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقا وقياس المذهب أنه لاشيء له لانه اذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لاتملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال هو كالخلع على المغصوب لانها لاتملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لاتملك العين، أو يكون اختاره فيما اذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لانه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لانه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب

(الفصل الثالث) اذا كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الامة ، وان خالعت على معين باذن السيد فيه ملكه ، وإن أذن في قدر المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وان كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها

العوض وكذلك لو اشترى من انسان عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة ففعل استحق الالف علمت أو لم تعلم ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم)

اذا قالت طلقني ثلاثاً، بألف ولم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث. قال أصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي .

وقال المزني لا يستحق الا ثلث الالف لانه انما طلقها ثلث ماطلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثاً ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم وهو قول ابن شريح لانها ان كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك . ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثاً

(فصل) فان لم يكن في طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذلت العوض في مقابلة ثلاث ، فاذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات تطليقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها الا واحدة . ومقتضى هذا أنه اذا لم

(فصل) والحكم في المكاتبة كالحكم في الامة القن سواء لانها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع ومالا حظ فيه وبذل المال في الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها ان كانت غير مدخول بها ، واذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق ، وان كان باذن السيد سلمه مما في يدها وان لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها

(فصل) ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعوض صحيح لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض اذا أيسرت ، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئا في ذمتها

(فصل) فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع ، وفارق الامة فانها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات باذنه ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف . فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضا ، وان لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه انما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببدله : قال أصحابنا وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن لانه انما يملك التصرف بمالها فيه الحظ ، وهذا لا حظ فيه بل فيه اسقاط

ينكحها نكاحا آخر أنها ترجع عليه بالعوض وانما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وان نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله.

وقال القاضي الصحيح من المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لانه سلف في طلاق ولا يصح السلف في الطلاق ولانه معاوضة على الطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى، فاذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فان قلنا تفرق فله ثلث الالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح .

(فصل) ولو قالت طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لانه لم يجبها الى ماسألت فلا يستحق عليها ما بذلت ، وان طلقها ثلاثا استحق الالف على قياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بالف ولم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة استحق الالف لانه قد حصل بذلك جميع المقصود .

﴿مسألة﴾ (ولو لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين الاولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الاولى واستحق الألف ولم تقع الثانية ، وإن قال الاولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا لانه لم يجعل لها عوضا وكملت الثلاث وان قال احداهما بألف لزمها ألف لأنها طلبت منه طلقة بألف فأجابها اليه وزادها أخرى .

نفقتها ومسكنا وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الاسر وهذا مذهب مالك ، والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء ، وان خالعها بشيء من ماله جاز لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى

(فصل) اذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه أبرأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الاجنبي . قال القاضي وقد قال احمد انه يرجع على الاب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن ابراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه لانه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وان علم أن ابراء الاب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيا لانه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنا لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لانه لا يبرأ ، وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة ، وان قال الزوج هي طالق ان برئت من صداقها لم يقع لانه علقه على شرط ولم يوجد، وان قال الاب طلقها على الف من مالها وعلي الدرك فطلقها طلقت بائنا لانه بعوض وهو مالزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الالف لانه ليس له بذلها

(فصل) وان قالت طلقني بألف الى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها الى شهر فقال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا لانه بعوض وان طلقها قبل مضي الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لانه اذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار ايقاع الطلاق من غير عوض، وقال الشافعي اذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل لان هذا سلف في طلاق فلم يصح لان الطلاق لا يثبت في الذمة ولانه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا انها جعلت عوضا صحيحا على طلاقها فاذا طلقها استحقه كما لو لم يقل الى شهر ولانها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم تستحق اكثر منه كالاصل ، وان قالت لك الف على ان تطلقني أي وقت شئت من الآن الى شهر صح في قياس المسئلة التي قبلها

وقال القاضي لا يصح لان زمن الطلاق مجهول فاذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لانه طلقها على عوض لم يصح لفساده

ولنا ماتقدم في التي قبلها ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لانه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولانه لو قال متى اعطيتني الفا فانت طالق صح وزمنه مجهول أكثر

(فصل) وان قال لامرأتيه أنتما طالقتان بألف ان شئتما فقالتا قد شئنا وقع الطلاق بهما بائنا ولزمها العوض بينهما على قدر مهريهما ، وان شاءت إحداهما دون الاخرى لم يطلق واحدة منهما لانه جعل مشيئتهما صفة في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا مالو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت احداهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل في طلاقها شرطا وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعا فيتعلق الحكم بقولها قد شئنا لفظا لان مافي القلب لا سبيل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئتما وانما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ماشئنا بقلوبنا لم يقبل فاذا ثبت هذا فان العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين وأصل هذا في النكاح اذا زوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه في موضعه فان كانت احداهما رشيدة والاخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها بائنا ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجعيا لان لها مشيئة ولكن الحجر منع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح وفيما تأكله وكذلك ان كانت غير بالغة إلا أنها مميزة فان لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا وان كانت احداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منها ولم يقع الطلاق وفي كل موضع حكمنا

من الجهالة ههنا في شهر واحد وبهم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض ان له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة مميزة فقال لهما انتما طالقتان ان شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الالف وطلقت بائنا ووقع بالاخرى رجعياً ولا شيء عليها)

انما كان كذلك لان المكلفة إذا كانت رشيدة فمشيئتها صحيحة وتصرفها في مالها صحيح فيقع الطلاق عليها ويجب على الرشيدة بقسطها من العوض ووقع بائنا ويقسط العوض بينهما على قدر مهريهما

في ظاهر المذهب وعلى قول أبي بكر يكون بينهما نصفين ولا شيء على غير المكلفة وكذلك ان كانت محجوراً عليها للسفه ويقع الطلاق عليها رجعياً لان لها مشيئة بقسطها ولكن الحجر وعدم التكليف منع صحة تصرفها ونفوذه فان كانت (احداهما) مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق

(فصل) فان كانتا رشيدتين وقع الطلاق بهما بائنا اذا قالتا قد شئنا ويلزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي واحد قولي الشافعي وقال

بوقوع الطلاق فان الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه وان قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجهاً واحداً ، وان طلق احداهما وحدها فعليها نصف الالف ، وان قالتا طلقنا بألف فطلقهما فالالف عليهما على قدر صداقيهما في أصح الوجهين ، وان طلق احداهما فعليها حصتها منه ، وإن كانت احداهما غير رشيدة فطلقهما فعلى الرشيدة حصتها من الالف ويقع طلاقها بائنا وتطلق الاخرى طلاقا رجعياً ولا شيء عليها .

(فصل) ويصح الخلع مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل أن يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف علي وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور لايصح لانه سفه فانه يبذل عوضا في مقابلة مالا منفعة له فيه فان الملك لايحصل له فأشبه مالو قال بع عبدك لزيد بألف علي

ولنا أنه بذل مال في مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعلي ثمنه ، ولانه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد فههنا أولى ولانه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك وان قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجع عليه بمهرها

(فصل) وان قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائنا واستحق

في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون العوض بينهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج امرأتين بمهر واحد وقد ذكرناه فان شاءت (احداهما) دون الاخرى لم تطلق واحدة منهما لانه جعل مشيئتهما شرطا في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما اذا قال أنتما طالقتان بألف فقبلت احداهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل لطلاقها شرطاً وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً ويتعلق الحكم بمشيئتهما لفظاً اذا قالتا قدشئنا لان مافي القلب لاسبيل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئتما وانما قلتما ذلك بالسنتكما او قالتا ماشئنا بقلوبنا لم يقبل

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لامرأته انت طالق وعليك الف طلقت ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فاشبه مالو قال انت طالق وعليك الحج فان اعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لانه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة تعتبر فيها شرائط الهبة وان قالت المرأة ضمنت لك الفا لم يصح لان الضمان انما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله الى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك وذكر القاضي انه يصح لان ضمان مالم يجب يصح قال شيخنا ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون ارادانها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك الفا على أن تطلقني فقال انت طالق وعليك الف وقع الطلاق وعليها الف لان قوله انت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد فان اختلفا فقال انت استدعيت مني الطلاق

الالف على باذله لان الخلع مع الاجنبي جائز، وان طلق احداها فقال القاضي تطلق طلاقا بائنا ولزم الباذله بحصتها من الالف وهذا مذهب الشافعي الا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبها الى ماسألت فلم يجب عليها مابذلت ولانه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعا منه فاذا طلق احداها لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) وان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لاتطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم، وقال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لان الشرط سلف في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا، وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لان العقد يستقل بذلك العوض

ولنا أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فان لم يف لها بشرطها فعليها الاقل من المسمى أو الالف الذي شرطته ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لانها انما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

بألف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في في بينونتها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفه وان قال ما استدعيت مني الطلاق وانما انا ابتدأت به فلي عليك الرجعة وادعت ان ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لان الاصل معه ولا يلزمها الالف لانه لا يدعيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق على الف)

فالمنصوص عن احمد ان الطلاق يقع رجعياً كقوله انت طالق وعليك الف فانه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته انت طالق على الف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق تملك الرجعة وقال القاضي في المجرد ذلك للشرط تقديره ان ضمنت لي الفا فانت طالق فان ضمنت له الفا وقع الطلاق بائناً والالم يقع وكذا الحكم اذا قال انت طالق على ان لي عليك الفا فقياس قول احمد ان الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الالف وكان خلعا والالم يقع الطلاق وهو ظاهر كلام الخرقي لانه استعمل على بمعنى الشرط في كتابه في مواضع منها قوله اذا نكحها على ان لا يتزوج عليها فلها فراقه ان تزوج عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قوله تعالى في قصة شعيب (أني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجاً على ان تجعل بيننا وبينهم سدا؟) وقال موسى (هل اتبعك على ان تعلمني مما علمت رشدا؟) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح فاذا اوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله انت طالق ان اعطيتني الفاً ووجه الاول انه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده)

وجملة ذلك أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه لانه اذا ملك الطلاق وهو مجرد اسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع . وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ، ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه لانه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده لانه من اكسابه واكتسابه لسيده وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لان العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجز تسليمه الى غيره الا باذنه . وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه ، وأما المكاتب فيدفع العوض اليه لانه هو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح قبض العبد والمحجور عليه العوض لان من صح خلعه صح قبضه العوض كالمحجور عليه لفلس ، واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده وان استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء . والمحجور عليه في معنى العبد ، والاولى أن لا يجوز لان العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه الى غيره من هو له بغير اذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له الا أنه لا يجوز تسليمه اليه لان الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد

عوضا لم تبذله فوقع رجعيا من غير عوض كما لو قال انت طالق وعليك الف ولان على ليست للشروط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح ثوبي على دينار

﴿مسئلة﴾ (وان قال بالف فكذلك ويحتمل ان لا تطلق حتى تختار فيلزمها الالف)

يعني ان قوله انت طالق بالف مثل قوله انت طالق على الف لانها ليست من حروف الشرط والاولى انها لا تطلق في قوله بألف حتى تختار فيلزمها الالف كما ذكره القاضي في على الف لانها ان لم تكن من حروف الشرط فهي للمعاوضة في قوله بعتك بكذا وزوجتك بكذا فانه يصح البيع والنكاح بغير خلاف فان قال انت طالق ثلاثاً فقالت قد قبلت واحدة وقع الثلاث واستحق الالف لان ايقاع الطلاق اليه وانما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الالف الزائد لان القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه فان قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف وان قال انت طالق طلقتين (احداهما) بألف وقعت بها واحدة لانها بغير عوض ووقعت الاخرى على قولها لانها بعوض

(فصل) اذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه برأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الاجنبي قال

يحمل على ما اذا أتلفه العبد قبل تسليمه اليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فانه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك السيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وان أسلمت العوض الى المحجور عليه لم تبرأ فان أخذه الولي منه برئت ، وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(فصل) وقد توقف أحمد في طلاق الاب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها، وسأله ابو الصقر عن ذلك فقال قد اختلف فيه وكأنه رآه . قال ابو بكر لم يبلغني في هذه المسئلة الا مارواه ابو الصقر فيخرج على قولين، أحدهما يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لان ابن عمر طلق على ابن له معتوه رواه الامام احمد ، وعن عبدالله بن عمرو ان المعتوه اذا عبث بأهله طلق عليه وليه ، قال عمرو بن شعيب وجدنا ذلك في كتاب عبدالله بن عمرو ولانه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما كالحاكم يفسخ للاعسار ويزوج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ قال « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجة ، وعن عمر أنه قال انما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولانه إسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لانه في معناه

القاضي وقد قال احمد انه يرجع على الاب قال القاضي هذا محمول على ان الزوج كان جاهلا بان إبراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه كما لو غره فزوجه معيبة وان علم ان ابراء الاب لا يصح لم يرجع عليه بشيء ويقع الطلاق رجعياً لانه خلا عن العوض وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنا لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لانه لم يبرأ وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه اذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة وان قال الزوج هي طالق ان ابرأتني من صداقها لم يقع لانه علقه على شرط لم يوجد وان قال الاب طلقها على الف من مالها وعلي الدرك فطلقها طلقت بائنا لانه بعوض وهو ما التزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الالف لانه ليس له بدلها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا خالعته في مرض موتها فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها)

المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً لانها معاوضة فتصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري واسحاق ، وقال أبو حنيفة له العوض كله وان أجابته فمن الثلث لانه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبين وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي ان خالعت بمهر مثلها جاز وان زاد فالزيادة من الثلث ولنا أنه لا يعتبر مهر المثل لان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه واعتبار مهر

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خالعت المراة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الامر أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لانه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ، ثم اذا خالعته المريضة بميراثه منها فمادونه صح ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهـذا قول الثوري واسحاق ، وقال ابو حنيفة له العوض كله فان حابته فمن الثلث لانه ليس بوارث لهـا فصحت محاباتها له من الثلث كالاجنبي ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلهـا ، وقال الشافعي ان خالعت بمهر مثلها جاز ، وان زاد فالزيادة من الثلث

ولنا على أنه لايعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ماخالعها به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

المثل يقوم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له ، وأما قدر الميراث فلاتهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه وان صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

﴿مسئلة﴾ (وان خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها)

أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أقل أو أكثر وان أوصى لها بمثل ميراثها أوأقل صح لانه لاتهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لاخذته بميراثها وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لانه اتهم في أنه قصد ايصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى إيصاله اليها وهي فى حبـاله وطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث

﴿مسئلة﴾ (وان خالعها وحاباها فهو من رأس المال)

مثل أن يخالعها بأقل من مهر مثلها أويكون قادراً بألف فخالعها بمائة لم يحسب ما حاباها به من الثلث إذا كان في مرض موته ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغـير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لومات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته

(فصل) إذا خالع امرأة في مرضها بأكثر من مهرها فللورثة أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)

أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته، فأما ان أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لانه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى ايصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث

(فصل) واذا خالع امرأته على نفقة عدتها فحكي عن أحمد وأبي حنيفة أنه يجوز ذلك وهذا انما يخرج على أصل أحمد اذا كانت حاملا ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عوضا ، وقال الشافعي لا تصح النفقة عوضا فان خالعها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض مايتلفه عليها

لانها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعنه أن خلع المريضة باطل وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث وقال أبو حنيفة ان خالعها قبل دخوله بها بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لانها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقي ثمانية

(فصل) مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم يرجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء وصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج به الشيء ثمانية فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ورجع اليه بالخلع أربعة وعشرون صار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة إلا ثلث شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل ، رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث

ولنا أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما اذا خالعته على كفالة ولده وقتاً معلوما ، وقولهم انها لم تجب ممنوع فانه قد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم إنها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أواحدهما لا يرجع عليها بشيء)

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لان كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فان خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا الى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا الينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أو تبايعا خمراً أو تقابضا ثم أسلما ، وإن كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لان الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضا لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم باقباضه ، قال القاضي في الجامع ولا شيء له لانه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين اذا تخالعا بخمر ، وقال في المجرد يجب مهر المثل وهو

العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون ورجع إلى الزوج ثلثها صار لورثته سبعون ولورثتها ثلاثون هذا إذا مات بعد انقضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين والشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهذا الذي صحت المحاباة فيه صار لها ذلك وعشرة مهر المثل صار لها مائة وثمانية وستون يرجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثمانون

(فصل) ولو خالعته بمحرم وهما كافران نقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليها بشيء لان الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل ذمة أو أهل حرب لان كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فان تخالعا بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك بينهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضته ثم أسلما وترافعا الينا اوأسلم أحدهما مضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولم يبق له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أو تبايعا خمراً وتقابضا ثم أسلما وإن كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لان الخمر والخنزير لا يكون عوضاً لمسلم أو من مسلم ولا يأمر الحاكم باقباضه قال القاضي في الجامع ولا شيء له لانه رضي منها ما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر وقال في المجرد يجب مهر المثل وهو مذهب الشافعي لان العوض فاسد فرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب لان تخصيصه بحالة القبض بنفي الرجوع

مذهب الشافعي لان العوض فاسد فيرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بعمومه على أنه يجب له شيء لان تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا فاذا رضي به عوضا فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء، والمشرك يعتقده مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجبا كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا . اذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ماعللنا به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها على تقدير كونه مالا فانه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ماقبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة، والاصل فيه قول الله تعالى (وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

(فصل) ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو انثى مسلما أو كافراً محجوراً عليه أو رشيداً لان كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه كالحر الرشيد وهذا مذهب الشافعي

يدل على الرجوع مع عدم القبض ، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد أن الخمر والخنزير مالا فاذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء، والمشرك يعتقده مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً له كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا . إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ما عللناه به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها على تقدير كونه مالا فانه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلا وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ماقبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة والاصل فيه قوله تعالى (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

﴿مسئلة﴾ (وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقاً فخالع بمهرها فما زاد صح وإن نقص من المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصاً وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص)

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف في الخلع لنفسه صح توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً كان أو كافراً محجوراً عليه أو رشيدا لان كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا كالحر الرشيد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه وإيقاع الطلاق أو الخلع ويجوز

وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا ، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه ، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع ، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح ،والمستحب التقدير لانه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد،فان وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فخالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به ، وان خالع بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى ولانه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالاجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لان المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق ، والاول أولى ، وأما ان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع بعوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لانه خالف لموكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع ولان ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه ، وفارق

التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح ،والمستحب التقدير لانه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد ،فان وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فان خالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به،وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الخلع وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى ولانه لم يؤذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالاجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لان المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق والاول أولى. فان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فيخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع على عوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لانه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح كالوكيل في البيع ولان ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه ، وفارق المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل، وقال القاضي : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ما خالع به قياساً على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ولان هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ولانه يفضي إلى أن يملك عوضا ما ملكته إياه المرأة ولا قصد هو تمليكه وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح فيها أيضاً لما تقدم (الحال الثاني) إذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالع بذلك فما زاد صح

المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل ، وقال القاضي القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ماخالع قياسا على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ، ولان هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ولانه يفضي الى أن يملك عوضا ماملكته إياه المرأة ولا قصد هو تملكه وتتخلص المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيهما ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيهما أيضا لما قدمناه (والحال الثاني) اذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالع بذلك فما زاد صح لانه زاده خيراً وان خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما اذا قدر له العوض فخالع بدونه. وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه (والثاني) أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصا ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة، وان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم مالو عين له عوضا فخالع بغير جنسه ، وان خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه انما أذن له في الخلع وهو إبانة المرأة بعوض وما أتى به وانما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة ، هذا اذا قلنا الخلع بلا عوض يصح وان قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بلفظ الطلاق

لانه زاده خيراً ، وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه ،وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه

(والثاني) يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً وبين رده وله الرجعة فان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضا فخالع بغير جنسه وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي ،وسواء عين له العوض أو أطلق ،وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة . هذا إذا قلنا ان الخلع بغير عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع طلقة رجعية. واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فان وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه الا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدر له به صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يصح

﴿مسئلة﴾ (وان وكلت المرأة في خلعها فخالع بمهرها فادون أو بما عينته فما دون صح وان زاد لم يصح ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة)

فيقع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فان وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع وانما يقبل. ولان وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدرته له صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يلزمه ، وأما وكيل الزوجة فله حالان (أحدهما) أن تقدر له العوض فمتى خالع به فما دون صح ولزمها ذلك لانه زادها خيراً ، وان خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لانها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لانه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لانه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لانها ماالتزمت أكثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لانه رضي بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه كما لو بذلته المرأة (الثاني) أن يطلق الوكالة فيقتضي خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فان خالعها بذلك فما دون صح ولزمها وان خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

متى خالع وكيل المرأة بما عينته له فما دونه صح ولزمها ذلك لانه زادها خيراً وان خالعها بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لانها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لانه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال، وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لانه لا يقبل العقد لنفسه انما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي، والاولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لانها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لانه رضي بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه أشبه ما لو بذلته المرأة فان أطلقت الوكالة اقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فان خالعته بمهرها فما دون صح ولزمها وان خالعته بأكثر منه فهو كما لو خالع بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق وعنه أنها تسقط)

إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق ، فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر فان كانت قبضته ردت نصفه وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والنخعي والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية ، فمنه فيها روايتان ولا تسقط النفقة في المستقبل ، لانها ما وجبت بعد .

(فصل) إذا اختلفا في الخلع فادعاه الزوج وأنكرته المرأة بانت باقراره ولم يستحق عليها عوضا لانها منكرة وعليها اليمين وان ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضا لانه لا يدعيه ، فان اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أوصفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصا عن أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لان البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه وقال الشافعي يتحالفان لانه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولان المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه» وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ ، وان قال خالعتك بألف فقالت إنما خالعك غيري بألف في ذمته بانت والقول قولها في نفي العوض عنها لانها منكرة له وان قالت نعم

ولنا أن المهر حق لا يسقط بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولان نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمبارأة كنفقة العدة والنصف لها لا تبرأ منه بقوله بارأتك لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها ، وعنه أنها تسقط كمذهب أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا قال خالعتك بألف فأنكرته وقالت انما خالعت غيري بانت باقراره والقول قولها مع يمينها في العوض لانها منكرة وان قالت نعم لكن ضمنه غيري لزمها الالف لانها أقرت بها ولا يلزم الغير شيء الا أن يقر به ، فان ادعته المرأة وانكره الزوج فالقول قوله كذلك ولا يستحق عليها عوضاً لانه لا يدعيه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها وكذلك ان اختلفا في صفته) حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد

وهو قول مالك وأبي حنيفة وعنه أن القول قول الزوج . حكاها القاضي عن أحمد لان البضع يخرج عن ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه ، وقال الشافعي يتحالفان لانه اختلاف في عوض فيتحالفان فيه كالمتبايعين اذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال اذا اختلفا في قدره ، ولان المرأة منكرة للزائد في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه» وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ

(فصل) فان قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة ، بانت باقراره والقول قولها في سقوط العوض ، وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الالف بناء على أصلهم

ولكن ضمنها لك أبي أو غيره لزمها الالف لاقرارها به والضمان لا يبرىء ذمتها، وكذلك ان قالت خالعتك على الف يزنها لك أبي لانها اعترفت بالالف وادعت على أبيها دعوى فتقبل قولها على نفسها دون غيرها وإن قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة بانت باقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الالف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف، وان خالعها على الف فادعى أنها دنانير وقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل، ولو قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقة فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاها القاضي فان القول قول الزوج في هاتين المسئلتين وان اتفقا على الاطلاق لزم الالف من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت ارادتهما عليه، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع إلى غالب نقد البلد، وقال القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح، والاول أصح لانهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الالف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا ولانه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق وبعير وفرس والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف وان خالعها على الف فادعى انها دنانير فقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل ، وان قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقة فالقول قولها الا على الرواية التي حكاها القاضي فان القول قول الزوج في هاتين المسئلتين، وان اتفقا على الاطلاق لزمه من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقا عليه ، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع الى غالب نقد البلد .

وقال القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح والاول أصح لانهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الف من غالب نقد البلد ولم يكن اطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا ، ولانه يجيز العوض المجهول اذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي ، وان لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة)

مثال ذلك اذا قال ان كلمت أباك فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فكلمت أباها فانها تطلق نص عليه أحمد ، فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر

(فصل) إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت، ومثاله إذا قال ان كلمت اباك فأنت طالق ثم أبانها بخلع ثم تزوجها فكلمت أباها فانها تطلق نص عليه أحمد ، فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق ، وعن أحمد مايدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل اذا رجع اليه فان دخل عتق، فاذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لان العتق يتشوف الشرع اليه ولذلك قال الخرقي واذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها ، ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي ، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود اذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان إطلاق الملك يقتضي ذلك فان أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم ، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي اسحاق لان الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فانه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق

المذهب أنها تطلق ، وعن احمد مايدل على أنها لا تطلق ، نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق ، وان لم يكن دخل فلا يدخل اذا رجع اليه فان دخل عتق، فاذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى ، لان العتق يتشوف الشرع اليه ولذلك قال الخرقي اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها ، ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود اذا أبانها بطلاق ثلاث ،وان لم توجد في حال البينونة ، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار لا يقع عليها الطلاق وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان اطلاق الملك يقتضي ذلك فان أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم وان لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي ، وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار

اذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه فأما اذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لان الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين واذا انحلت مرة لم يمكن عودها الا بعقد جديد

ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة، وقولهم ان هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما اذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا انما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لان اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين وأما العتق ففيه روايتان

(احداهما) أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا

(والثانية) تنحل لان الملك الثاني لا يبنى على الاول في شيء من أحكامه، وفارق النكاح فانه يبنى على الاول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ولان هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ماحرم الله فان ابن ماجه وابن بطة رويا باسنادهما عن أبي موسى قال: قال رسول الله ﷺ «مابال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك» وفي لفظ رواه ابن بطة «خلعتك وراجعتك طلقتك راجعتك»

المزني وأبي اسحاق لان الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فانه لا خلاف في أنه لو قال لاجنبية أنت طالق اذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه، فاما اذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لان الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين، واذا انحلت مرة لم يمكن عودها الا بعقد جديد

ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة، وقولهم ان هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما اذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا انما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لان اليمين حل وعقد ثم ثبت ان عقدها يفتقر الى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين به، وأما العتق ففيه روايتان

(احداهما) انه كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا

(والثانية) تنحل لان الملك الثاني لا ينبني على الاول في شيء من أحكامه، وفارق النكاح فانه ينبني على الاول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن ينبني عليه في عود الصفة، ولان هذا يفعل حيلة على ابطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فان ابن ماجه وابن بطة رويا باسناديهما عن أبي موسى قال قال رسول الله ﷺ «ما بال قوم يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك،

وروى باسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل »

(فصل) فان كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحنث لان حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لان الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم

كتاب الطلاق

الطلاق حل قيد النكاح وهو مشروع ، والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا بالزام

قد راجعتك قد طلقتك » وفي لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك » وروى باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل »

(فصل) فان كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل ان قال ان أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ، ثم أبانها ثم أكلته ثم نكحها لم يحنث لان حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن ايقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لان الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

﴿ كتاب الطلاق ﴾

وهو حل قيد النكاح وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال سبحانه (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فروى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس علي جواز الطلاق والعبرة دالة على

الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لزوال المفسدة الحاصلة منه

(فصل) والطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التربص اذا أبى الفيئة، (وطلاق) الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (ومكروه)وهو الطلاق من غير حاجة اليه . وقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراما كاتلاف المال، ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا إضرار » (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » وفي لفظ « ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » رواه أبو داود وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة اليه وقد سماه النبي ﷺ حلالا ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب اليها فيكون مكروها (والثالث) مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة ، قال أحمد لاينبغي له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه ، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه . قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) ويحتمل أن

جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة واضراراً مجرداً بالزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لزوال المفسدة الحاصلة منه

﴿ مسئلة ﴾ (ويباح عند الحاجة ويكره من غير حاجة وعنه أنه يحرم، ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضرراً)

الطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التربص اذا أبى الفيئة وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (والثاني) مكروه وهو الطلاق من غير حاجة اليه لانه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب اليها فيكون مكروها وقال القاضي فيه روايتان (إحداها) أنه محرم لانه ضرر بنفسه وزوجته واعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراما كاتلاف المال ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا اضرار » (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وفي لفظ « ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق» رواه أبوداود (والثالث) مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه اجبارها عليها أو يكون له امرأة غير عفيفة قال أحمد لاينبغي له امساكها وذلك لان فيه نقصاً في دينه ولا يأمن افسادها فراشه

الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر (وأما المحظور) فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه أجمع العلماء في جميع الامصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدارقطني باسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « ياابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولانه اذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة لاتدري أتعتد بالحمل أو الاقراء ؟

﴿ مسألة ﴾ قال (وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها)

معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ في الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه اذا طلقها

والحاقها به ولداً من غيره ولا بأس بعضلها في هذه الحال في التضييق عليها لتفتدي منه قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر (والخامس) المحظور وهو طلاق الحائض أو في طهر أصابها فيه وقد أجمع العلماء في جميع الامصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله . قال الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدار قطني باسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله انك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولانه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة أتعتد بالحمل أو الاقراء ؟

(مسئلة) (ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ومن الصبي العاقل وعنه لا يصح حتى يبلغ)

في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبد البر وابن المنذر وقال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفي حديث ابن عمر الذي رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، وكذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وابو عبيد وقال أبو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ « راجعها ثم امسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر » قالوا وانما أمره بامساكها في هذا الطهر لانه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء

وروى النسائي باسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يطلق أحد للسنة فيندم . رواه الأثرم وهذا انما يحصل

أما صحة الطلاق من الزوج العاقل المختار فلا نعلم فيه خلافا لانه عقد معاوضة فصح منه كالبيع، وأما الصبي فان لم يعقل فلا طلاق له بغير خلاف وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع، وذكره الخرقي واختاره أبو بكر وابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي واسحاق وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز وروي ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ووجه الاولى قول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق — وقوله — كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروي عن علي رضي الله عنه قال : اكتموا الصبيان النكاح فيفهم أن فائدته أن لا يطلقوا . ولانه طلاق من عاقل صادف محل طلاق فأشبه طلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أبي عبدالله تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى أبو الحارث عن أحمد إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة. وهذا يدل على أنه لا يقع دون العشر وهو اختيار أبي بكر لان العشر حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا احصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه وقال عطاء

في حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس اخذوا بما أمر الله من الطلاق ماينبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها . رواه النجاد باسناده

وروى ابن عبد البر باسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها ان شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال ابو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيبا للسنة لانه يكون مرتجعا لها والمعنى فيه أنه اذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الاخرى اذا احتاج الى فراق امرأته بخلاف ماإذا لم يرتجعها فانه مستغن عنها لافضائها إلى مقصوده من ابانتها فافترقا ولان ماذكروه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لايزول الا بزوج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

(فصل) فان طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه اثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك الا أهل البدع والضلال وحكاه ابو

إذا بلغ أن يصيب النساء وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان وقال أسحاق إذا جاز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاقه اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ اليه فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتك فقال قد طلقتك ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق قيل له فان كانت له زوجة صبية فقالت له صير أمري الي فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي؟ فقال أحمد ليس شيئاً حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وماروي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه وتأتي إن شاء الله تعالى

(فصل) فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء والاولى صحته لانه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع من التصرف في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس

(مسئلة) (ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه)

بمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وقتادة وأبو قلابة والزهري ويحيى الانصاري ومالك

نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لايقع طلاقه لان الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل اذا أوقعه في زمن أمره موكله بايقاعه في غيره

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ أن يراجعها وفي رواية الدارقطني قال فقلت يارسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أفتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال نعم أرأيت ان عجز واستحمق؟ وكلها أحاديث صحاح ولانه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولانه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو ازالة عصمة وقطع ملك فايقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملكه محله

(فصل) ويستحب أن يراجعها لأمر النبي ﷺ بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والاوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وحكي ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لظاهر الامر في الوجوب ولان الرجعة تجرى مجرى استبقاء

والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل في حال نومه أنه لا طلاق له وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله » رواه البخاري وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عطاء عن ابن عجلان وهو ذاهب الحديث وروي عن علي باسناده مثل ذلك ولانه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال بجنون أو اغماء أو شرب دواء أو اكراه على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله أو لم يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً

(مسئلة) وإن كان بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان وكذا يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وايلائه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في طلاق السكران فروي عنه أنه يقع اختارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والاوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس، قال ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد

النكاح واستبقاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق ولان الرجعة إمساك الزوجة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كامسا كما قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها مادامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لايجب عليه إمساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبدالبر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة وأما الامر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فان راجعها وجب امساكها حتى تطهر واستحب امساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث عمر الذي رويناه قال ابن عبدالبر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لانه المبغي من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطيء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر ، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « مره أن يراجعها فاذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وان شاء

بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد وعنده عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة قال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولانه ايقاع طلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون (والثانية) لا يقطع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الانصاري والليث والعنبري واسحاق وأبي ثور والمزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان لا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الاعمش عن منصور ولا يرفعها علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون والنائم ولانه مفقود الارادة أشبه المكره ولان العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أونهي ولا يتوجه ذلك الى من لا يفهمه ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعداً ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ولو ضربت رأسه فجن سقط التكليف وحديث أبي هريرة لا يثبت وأما قتله وقذفه وسرقته فهو كمسئلتنا

أمسكها، رواه ابن عبدالبر ومنها أنه عوقب على ايقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ماجاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل في الامر وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولانه طهر لم يمسها فيه فاشبه الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها ثلاثا في طهر لم يصبها فيه كان أيضا للسنة وكان تاركا للاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه انه غير محرم اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل انكار النبي ﷺ وعن عائشة ان امرأة رفاعة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها ارسل اليها بثلاث تطليقات ولانه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء والرواية الثانية ان جمع الثلاث

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته واقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لان المعنى في الجميع واحد وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايتان وسأله ابن منصور اذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال أخبرعنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه أما في ماله وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ اليه أحمد والاولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته مما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح له وكذلك الحكم فيمن شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة وهو يعلم قياساً على السكران في وقوع طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لانه لا يلتذ بشربها

ولنا أنه زال عقله فأشبه السكران

(فصل) وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره ونحو ذلك لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول وروي عن عمر رضي الله

طلاق بدعة محرم اختارها ابو بكر وابو حفص روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة قال علي رضي الله عنه لا يطلق احد السنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين ان تحيض ثلاث حيض فمتى شاء راجعها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان اذا أتي برجل طلق ثلاثا اوجعه ضربا وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا، ووجه ذلك قول الله تعالى (ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ـ الى قوله ـ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجا ، ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا) ومن جمع الثلاث لم يبق له امر يحدث ولا يجعل الله له مخرجا ولا من امره يسرا . وروى النسائي باسناده عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال « أيلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين أظهركم ؟ » حتى قام رجل فقال يارسول الله الا اقتله وفي حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال « اذا عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وروى الدارقطني باسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال « تتخذون آيات الله هزواً أو دين الله هزواً او لعبا ؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » ولأنه تحريم البضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لان الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى رفعه بحال ولأنه ضرر واضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة الى عوده اليها حراما او بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق

عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الاردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداءه والا فأقم عليه الحد ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الارض ولا الذكر من الانثى لان ذلك لا يخفى على المجنون فغيره أولى .

(فصل) في المغمى عليه اذا طلق فلما أفاق وعلم أنه كان أغمي عليه وهو ذاكر لذلك فقال اذا كان ذاكرا لذلك فليس هو مغمى عليه فقال أحمد يجوز طلاقه وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له لما أفاق انك طلقت امرأتك فقال ما أنا أذكر اني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . قال شيخنا وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه، فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسما فان ذلك يسقط حكم تصرفه مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه)

لا تختلف الرواية عن أحمد ان طلاق المكره لا يقع روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس

في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة اياما يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك اضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لان الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريما مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولان جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الاحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه فلم يكن[1] في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ماحكيناً من قول من قال إنه يطلقها في كل قرء طلقة، والاول أولى فان في ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم ،فانه متى ندم راجعها فان فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق

(١) في لنسخة فلم يكره

وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عمر وايوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد واجازه ابوقلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فنفذ كطلاق غير المكره. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في اغلاق » رواه ابو داود وقال ابو عبيد والقتيبي معناه في اكراه ، وقال ابو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الاكراه لأنه اذا أكره انغلق عليه رأيه، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر اذا أكره عليها

(فصل) وإن كان الاكراه بحق كاكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص اذا لم يفيء أو اكراهه الرجلين اللذين زوجها الوليان ولم يعلم السابق منهما على الطلاق فانه يقع لانه قول حمل عليه لحق فصح كاسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولانه انما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود.

مايتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمن شاء راجعها . رواه النجاد باسناده . وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى اذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتهـا ولا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع اليها سبيلا

(فصل) وان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر اهل العلم من التابعين و لائمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة وروى طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضا أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف مارواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر أرأيت لو طلقتها ثلاثا وروى الدارقطني باسناده عن عبادة بن الصامت قال طلق بعض آبائي امرأته الفا فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله ان أبانا طلق امنا الفا فهل له مخرج ؟ فقال « ان اباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه » ولان النكاح ملك يصح ازالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضا بخلافه قال الاثرم سألت اباعبدالله عن حديث ابن عباس بأي

﴿ مسئلة ﴾ (وإن هدده بالقتل وأخذ المال ونحوه قادر يغلب على ظنه وقوع ماهدده به فهو اكراه ، وعنه لا يكون مكرهاً حتى يناله شيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق واختاره الخرقي) أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فانه يكون اكراها بلا اشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتى اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلته ، فان أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص باسناده وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أمينا على نفسه اذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراهاً.

فاما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) ليس باكراه لان الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه « إنهم أخذوك فغطوك » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله (والثانية) أن الوعيد بمفرده اكراه قال في رواية ابن منصور حد الاكراه إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً ، وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لان الاكراه لا يكون

شيء تدفعه فقال ادفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والا فلا يجوز ان يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه

(فصل) وان طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لانه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لانه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها، فكان مكروها كتضييع المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملا أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق، وان كانت حائضا لزمها الطلاق اذا طهرت وإن كانت طاهرة مجامعة فيه فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فان كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه وكذلك ان كانت حاملا، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة، وقال أحمد اذهب إلى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولان مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم وليست مرتابة

إلا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من قوعه وانما أبيح له فعل المكروه عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد لانه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له فعل ما أفضى الى قتله وافضاؤه بيده الى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئاً لانه اذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره الى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الاكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لاينفي ثبوته في حق غيره .

وقد روي عن عمر في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً والا قطعته، فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن، فطلقها ثلاثاً فردها اليه . رواه سعيد باسناده وهذا كان وعيداً .

(فصل) ومن شرط الاكراه ثلاثة أمور (أحدها) أن يكون قادراً بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه. وحكي عن الشعبي ان أكرهه اللص لم يقع طلاق، وان أكرهه السلطان وقع . وقال ابن عيينة لان اللص يقتله . وعموم ما ذكرناه في دليل الاكراه يتناول الجميع، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً وقد قال النبي ﷺ « ان عادوا فعد » لانه اكراه فمنع وقوع الطلاق كاكراه اللص

لعدم اشتباه الأمر عليها فاذا قال لها أنت طالق السنة في هاتين الحالتين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال، وان قال ذلك لحائض لم تقع في الحال لان طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لان الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فان كانت في النهار طلقت وان كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار، وان كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لان الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لان السنة وجدت، وهذا كله مذهب الشافعي وأبي حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً، فان أولج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وان لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ان طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وان انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء وتصلي أو يخرج عنها وقت صلاة لانه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها

ولنا أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها، ولان في حديث ابن عمر فاذا طهرت طلقها إن شاء، وما قاله غير صحيح فانا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها

(الثاني) أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به ان لم يجبه الى ماطلبه.

(الثالث) أن يكون فيما يستضر به ضرراً كبيراً كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين، فأما السب والشتم فليس باكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير. فأما الضرب اليسير فان كان في حق من لا يبالي به فليس باكراه، وان كان في حق ذوي المروءات على وجه يكون اخراقاً لصاحبه وغضاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره، وان توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس باكراه لان الضرر لاحق بغيره والاولى ان يكون اكراهاً لان ذلك أعظم عنده من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هذا.

(فصل) فان أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لانه غير مكره عليه وان أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لانه لم يكره على الثلاث، وان طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وان خلصت نيته في الطلاق دون دفع الاكراه وقع لانه قصده واختاره ويحتمل أن لا يقع لان اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى الا مجرد النية فلا يقع بها طلاق، وان طلق ونوى بقلبه غير امرأته وتأول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لان الاكراه دليل على تأويله، وان لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لانه معذور. وذكر أصحاب الشافعي وجهاً أنه يقع لانه لا يكره على نيته

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض)

هذه المسئلة عكس تلك فانه وصف الطلقة بأنها للبدعة فان قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها وان كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وان أصابها طلقت بالتقاء الختانين فان نزع من غير توقف فلا شيء عليها وإن أولج بعد النزع فقد وطيء مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وان أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضا إن شاء الله تعالى فيما بعد.

(فصل) فان قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل إن الصفة تلغو ويقع الطلاق لانه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة دون الطلاق، ويحتمل أن تطلق في الحال ثلاثا لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الاخرى، وان قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة فالمنصوص عن احمد أنها تطلق ثلاثا ان كانت طاهراً غير مجامعة فيه، وان كانت حائضا طلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي، قال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الاخرى فاذا

ولنا أنه مكره عليه لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولانه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة

﴿مسئلة﴾ (ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا)

واختار أبو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته

ولنا أنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فجاز أن ينفذ في العقد الفاسد إذا لم يكن في نفوذه اسقاط حق الغير ولانه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح، ووجه قول أبي الخطاب أنه ليس بعقد صحيح ولم يثبت به النكاح فلم يقع فيه الطلاق كالمتفق على بطلانه فان اعتقد صحته وقع فيه الطلاق كالمتفق على صحته.

﴿مسئلة﴾ (وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه)

لانه ازالة ملك فصح التوكيل فيه كالعتق ولا يصح التوكيل إلا للبالغ العاقل، فاما الطفل والمجنون فلا يصح توكيلهما فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه، وقال أصحاب الرأي يقع

ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف فلا يصح تصرفهم كما لو وكلهم في العتق، وإن وكل كافراً أو عبداً صح لانهما ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه، وان وكل امرأة صح لانه يصح توكيلها

طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر احمد هذا فقال في رواية مهنا اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة قد اختلفوا فيه فنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل أن احمد أوقع الثلاث لان ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لاتتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث مايدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة

وقال ابو حنيفة يقع في كل قرء طلقة وإن كانت من ذوات الاشهر وقع في كل شهر طلقة وبناه على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الاطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فان قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه ، وإن قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضا لانه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريده ، وقال أصحابنا يدين . وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين

(أحدهما) لايقبل لان ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمناه ان كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني الى قول السنة ولم أرده ، وانما أردت الايقاع في الحال وقع في الحال لانه مالك لايقاعها فاذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) اذا قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الاخرى لانه سوى بين الحالين فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف

في العتق فصح في الطلاق كالرجل فان جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال اذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ، ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل لانه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف ، فظاهر كلام أحمد هذا أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ كما قررناه في الصبي ، وفيه رواية أخرى أن الصبي لا يصح طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأنها مثله في المعنى

(مسئلة) (وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حداً)

لان الفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلا مطلقاً فأشبه التوكيل في البيع الا أن يحد له حداً فيكون على ما أذن له لان الامر الى الموكل في ذلك لكون الحق له والوكيل نائبه فتنسب له الوكالة على ما يقتضيه لفظ الموكل ، ان كان لفظه عاماً اقتضى العموم ، وان كان خاصاً اقتضى ذلك

ثم يكمل النصف لكون الطلاق لايتبعض فيقع طلقتان ويحتمل أن تقع طلقة وتتأخر اثنتان إلى الحال الاخرى لان البعض يقع على مادون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل مايقع عليه الاسم لانه اليقين وما زاد لايقع بالشك فيتأخر إلى الحال الاخرى، فان قيل فلم لايقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة ، وإن قال نصفهن للسنة و نصفهن للبدعة وقع في الحال طلقتان وتأخرت الثالثة ، وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ماقال ، وإن أطلق ثم قال نويت ذلك فان فسر نيته بما يوقع في الحال طلقتين قبل لانه مقتضى الاطلاق ولانه غير متهم فيه ، وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه و بين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان (أظهرهما) أنه يقبل لان البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لايخالف الحقيقة فيجب أن يقبل

(والثاني) لايقبل لانه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الاطلاق، ومذهب الشافعي على نحو هذا فان قال أنت طالق ثلاثا بعضها للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل أن تكون كالتي قبلها لانه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبه مالو صرح به ويحتمل أنه لايقع في الحال إلا واحدة لانه لم يسو بين الحالين والبعض لايقتضي النصف فتقع الواحدة لانها اليقين والزائد لايقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرها للبدعة

(فصل) اذا قال انت طالق اذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة ولم يأثم لانه لم يقصده

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يطلق أكثر من واحدة الا أن يجعل ذلك اليه)

لان الامر المطلق يتناول ما يقع عليه الاسم الا أن يجعل أكثر من واحدة بلفظه أو نيته ، نص عليه لانه نوى بكلامه مايحتمله والقول قوله في نيته لانه أعلم بها .

﴿ مسئلة ﴾ (فان وكل اثنين صح وليس لاحدهما أن يطلق على الانفراد الا أن يجعل ذلك اليه)

ولانه انما رضي بتصرفهما جميعاً وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر فان أذن لاحدهما في الانفراد صح لان الحق له

(فصل) فان وكلهما في ثلاث فطلق احدهما أكثر من الآخر مثل أن يطلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثاً فتقع واحدة وبهذا قال اسحاق ، وقال الثوري لا يقع بشيء

ولنا أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليهما واحدة وان طلق أحدهما اثنتين والآخر ثلاثاً وقع اثنتان لانهما اجتمعا عليهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل فان نوى عدداً فهو على ما نوى وان طلق من غير نية لم يملك الا واحدة)

وإن قال انت طالق اذا قدم زيد للسنة فقدم في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمان السنة وقع ويصير كأنه قال حين قدم زيد انت طالق للسنة لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها انت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ان يدخل بها طلقت عند قدومه حائضا كانت أو طاهراً لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته انت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمان السنة وقع والا وقع اذا جاء زمان السنة

(مسئلة) قال (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها انت طالق للسنة طلقت من وقتها لانه لا سنة فيه ولا بدعة)

قال ابن عبدالبر أجمع العلماء ان طلاق السنة انما هو المدخول بها اما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة الا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لان الطلاق في حق المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء انما كان له سنة وبدعة لان العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الامران بالطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الاشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لان العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة

لان الامر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ماذكرناه .

قال أحمد لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث وان كان نوى واحدة لان الطلاق يكون واحدة وثلاثاً فايهما نواه فقد نوى بلفظ ما احتمله وأن لم ينو تناول اليقين فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل

وقال القاضي اذا قال لامرأته طلقي نفسك تقيد بالمجلس لانه تفويض للطلاق اليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري . ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك وفارق اختاري فانه تخيير وينتقض ماذكره بقوله أمرك بيدك فان قال طلقي ثلاثاً فطلقت واحدة وقع ، نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لانها لم تمتثل أمره .

ولنا أنها ملكت ايقاع ثلاث فملكت ايقاع واحدة كالموكل ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد

الوقت في قول اصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فاذا قال لاحدى هؤلاء انت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة لان طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال انت طالق ولم يزد وكذلك إن قال انت طالق للسنة والبدعة أو قال انت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي ان يكون للحامل طلاق سنة لانه طلاق أمر به بقوله عليه السلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » وهو أيضا ظاهر كلام احمد فانه قال اذهب الى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولانها في حال انتقلت اليها بعد زمن البدعة ويمكن ان تنتقل عنها الى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع من هذا انه لو قال لها انت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فاذا وضعت الحمل طلقت لان النفاس زمان بدعة كالحيض

(فصل) وان قال لصغيرة أو غير مدخول بها انت طالق للبدعة ثم قال اردت اذا حاضت الصغيرة او أصيبت غير المدخول بها او قال لها انتما طالقتان للسنة وقال اردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (احدهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر فأشبه مالو قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار (والثاني) يقبل وهو الاشبه بمذهب احمد لانه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها

(فصل) واذا قال لها في طهر جامعها فيه انت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق لانه وصف طلاقها بانه للسنة في زمن يصلح له فاذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع

الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا ، وان قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة نص عليه أيضاً وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لانها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه

ولنا أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فان قال طلقي فقالت أنا طالق ان قدم زيد لم يصح لان إذنه انصرف الى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه أبو الحارث اذا قال طلقي نفسك طلاق السنة فقالت قد طلقت نفسي ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعتها انما كان كذلك لان التوكيل بلفظ يتناول أقل مايقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة وسيما وطلاق السنة في الصحيح واحدة في طهر لم يصبها

(مسئلة) (وان قال اختاري من ثلاث ماشئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين)

لان لفظه يقتضي ذلك لان من للتبعيض فلم يكن لها استيعاب الجميع والله أعلم

وكذلك ان استبان حملها لم يقع أيضا الا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فانه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت

(فصل) إذا قال انت طالق في كل قرء طلقة وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة فان كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولهما سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها الا ان غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة وان كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وان قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في الطهر الآخر ثم تطهر لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ويحتمل ان لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين الحيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين اذا قلنا الاقراء الاطهار والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال وان كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها انت طالق للبدعة واذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوضعه لان عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم اذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

باب سنة الطلاق وبدعته

والسنة في الطلاق أن يطلقها في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها

يعني طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله سبحانه وتعالى وأمر رسوله ﷺ في قوله تعالى (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وفي حديث عبدالله بن عمر الذي ذكرناه ولا خلاف في أنه اذا طلقها في طهر لم يصبها فيه واحدة ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبدالبر وابن المنذر قال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس، وفي حديث ابن عمر الذي رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وقوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أن لا يتبعها طلاقا آخر قبل انقضاء عدتها، ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جميع الثلاث في طهر واحد . قال احمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وبذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد، وقال ابو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر

(فصل) فان قال أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ماوجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة ان كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع والا لم يقع بحال فان كانت ممن لاسنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

(أحدهما) لايقع في المسئلتين لان الصفة ماوجدت فأشبه مالو قال أنت طالق ان كنت هاشمية ولم تكن هاشمية .

(والثاني) تطلق لانه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغي ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق للسنة والاول أشبه وللشافعية وجهان كهذين

(فصل) فان قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا ، وان قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لايتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فاذا وصفها بما لاتتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة رجعية أو قال لها أنت طالق للسنة أو البدعة

ولنا أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقا للسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق وفارق قوله طلقة رجعية لان الرجعة لا تكون الا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله ، فان قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في حال الحيض

الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ راجعها ثم امسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر قالوا وانما أمره بامسا كها في هذا الطهر لانه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، وروى النسائي باسناده عن عبدالله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لايطلق أحد للسنة فيندم رواه الاثرم وهذا لايحصل الا في حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه البخاري باسناده : وروى ابن عبد البر عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال ، حتى قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى

لانه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لانه اقرار على نفسه بما فيه تغليظ ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين كما تقدم

(فصل) فان عكس فقال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أفحشه أو أنتنه أو أردأه حمل على طلاق البدعة فان كانت في وقت البدعة والا وقف على مجيء زمان البدعة ، وحكي عن ابي بكر انه يقع ثلاثا ان قلنا ان جمع الثلاث بدعة وينبغي أن تقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعاً لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول انما أردت ان طلاقك أقبح الطلاق لانك لاتستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وان قال اردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه الى زمن السنة لم يقبل لان لفظه لايحتمله ، وان قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال لانه وصفها بصفتين متضادتين فالغيا وبقي مجرد الطلاق فان قال أردت انها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك ، او قال أردت انها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لان الحرج الضيق والاثم فكأنه قال طلاق الاثم وطلاق البدعة طلاق اثم ، وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه انه يقع ثلاثا لان الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع اليها ويمنعها الرجوع اليه هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه اثم فيجتمع عليه الامران الضيق والاثم ، وان قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة

بين الثلاث كان مصيباً للسنة لانه يكون مرتجعا والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا تغني به عن الطلقة الاخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فانه مستغن عنها لافضائها إلى مقصوده من ابانتها فافترقا ولان ما ذكروه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث

(مسئلة) (وإن طلق المدخول بها في حيضها أو في طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع طلاقه في قول عامة أهل العلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال ، وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لا يقع طلاقه لان الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بايقاعه في غيره

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ عمر اجعتها وفي رواية الدارقطني قال : قلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره

﴿ مسألة ﴾ قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على ان الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وابو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الانصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل اذا طلق في حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وروي عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » رواه النجاد وقال الترمذي لا نعرفه الا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروى باسناده عن علي مثل ذلك ولانه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون او اغماء او نوم او شرب دواء او اكراه على شرب خمر او شرب ما يزيل عقله شربه ولا يعلم انه مزيل العقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا ، فأما ان شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعباً فحكمه حكم السكران في طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لانه لا يلتذ بشربها

ولنا انه زال عقله بمعصية فأشبه السكران

(فصل) قال احمد في المغمى عليه اذا طلق فلما أفاق علم انه كان مغمى عليه وهو ذاكر لذلك فقال اذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه ، وقال في رواية ابي طالب في المجنون

رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت إن عجز واستحمق وكلها أحاديث صحاح ولانه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولانه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع ملك فايقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه يملك محله

(مسئلة) (تستحب رجعتها وعنه أنها واجبة)

إنما استحبت مراجعتها لامر النبي ﷺ بمراجعتها وأقل أحوال الامر الاستحباب ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لان ظاهر الامر الوجوب ولان الرجعة تجري مجرى استيفاء النكاح واستيفاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق لان الرجعة امساك للزوجة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كامساكها قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها . قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها

يطلق فقيل له بعد ما أفاق انك طلقت امرأتك فقال انا أذكر أني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر انه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه ، فأما من كان جنونه لنشاف او كان مبرسماً فانه يسقط حكم تصرفه مع ان معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره الطلاق ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم)

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسئلة انما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الادلة فيها واشكال دليلها ويبقى في المسئلة روايتان

(احداهما) يقع طلاقه اختارها ابو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » ، ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس قال [1] ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال أرسلني خالد إلى عمر فاتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسند في الصحة

ما دامت في العدة الا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لا يجب عليه امساكها في تلك الحال فلا تجب عليه رجعتها فيه .

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلا تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة والامر بالرجعة محمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فاذا راجعها وجب امساكها حتى تطهر ويستحب أن يمسكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث ابن عمر الذي رويناه ، قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها الا بالوطء لانه المبتغى من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر فاعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطيء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر وقد جاء في حديث عن ابن عمر

فقلت ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون ، فقال عمر أبلغ صاحبك ماقال فجعلوه كالصاحي ولانه ايقاع الطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون

(والرواية الثانية) لايقع طلاقه اختارها ابو بكر عبدالعزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبدالعزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الانصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبي ثور والمزني . قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه ، وقال احمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الاعمش منصور لايرفعه إلى علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الارادة أشبه المكره ولان العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لايفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لايثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسئلتنا

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لان المعنى في الجميع واحد ، وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى او اشترى أو باع فقال أجبن عنه لايصح

أن رسول الله ﷺ قال « مره أن يراجعها فاذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر ، ومنها أنه عوقب على ايقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولانه طهر لم يمسها فيه فأشبه الطهر الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

﴿ مسئلة ﴾ وان طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كره وفي تحريمه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختارها الخرقي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره

من أمر السكران شيء وقال ابو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه فاما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ اليه أحمد، والاولى أن ماله أيضا لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له

(فصل) وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الارض ولا الذكر من الانثى لان ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه)

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها ابو بكر والخرقي وابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق ، وروى ابو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر ابو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز ، وروي نحو ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ووجه الاولى قوله عليه السلام « الطلاق

رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل انكار النبي ﷺ عليه وعن عائشة أن امرأة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها أرسل اليها ولانه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء (والرواية الثانية) ان جمع الثلاث محرم وهو طلاق بدعة اختارها ابو بكر وابو حفص روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وابي حنيفة قال علي لا يطلق احد للسنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين ان تحيض ثلاث حيض فتى شاء راجعها ، وعن عمر انه كان اذا اتي برجل طلق ثلاثاً اوجعه ضرباً، وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان ابن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ان ابن عمك عصى الله واطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجاً . ووجه ذلك قول الله تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) الى قوله (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امراً) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً — ومن يتق الله يجعل له من امره يسراً) وروى النسائي باسناده عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته

لمن أخذ بالساق » وقوله « كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لان العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان، وقال اسحاق اذا جاوز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ اليه أحمد فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتي فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له فان كانت له زوجة صبية فقالت صير أمري الي ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه ان شاء الله تعالى

ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين اظهركم؟ » حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وفي حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله لو طلقتها ثلاثا قال « إذاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وروى الدارقطني باسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال « يتخذون آيات الله هزواً ولعباً من طلق البتة ألزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » ولانه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لان الظهار يرفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى دفعه بحال ولانه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة الى عوده اليها حراما أو بحيلة لا تزيل التحريم، ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياما يسيرة والطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعاً، فأما حديث المتلاعنين فغير لازم فان الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً فالطلاق بعده

(فصل) فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء ، والاولى صحته لانه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبدالله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبدالعزيز وابن عون وأيوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره

ولنا قول النبي ﷺ « ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود والاثرم ، قال أبو عبيد والقتيبي معناه في اكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الاكراه لانه إذا أكره انغلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ولانه قول حمل عليه بغير

كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أوغيره ولان جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان ، وسائر الاحاديث ليس فيها جمع الثلاث بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه انه أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه ان طلاقها آخر ثلاث تطليقات متفق عليه فلم يكن في شيء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال انه يطلقها في كل قرء طلقة والأول أولى فان في ذلك امتثالا لامر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم فانه متى ندم راجعها فان فات ذلك بانقضاء عدتها له نكاحها قال محمد بن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة ابداً يطلقها تطليقة ثم يدعها حتى ما بينها وبين ان تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه النجاد باسناده وقال عبدالله من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ولا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه فلا يستطيع اليها سبيلا

حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها

(فصل) وان كان الاكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لانه قول حمل عليه بحق فصح كاسلام المرتد اذا أكره عليه ولانه إنما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً)

أما اذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فانه يكون إكراها بلا اشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فان أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه ابو حفص باسناده ، وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أجعته او ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به اكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) ليس باكراه لان الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار ، وفيه : إنهم أخذوك فغطوك في الماء ، فلا يثبت الحكم الا فيما كان مثله

(فصل) فان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبدالله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة ، وروى طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضا أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ماروى عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر ارأيت لو طلقها ثلاثا ، وروى الدارقطني باسناده عن عبادة بن الصامت قال طلق بعض ابائي امرأته ألفاً فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق امنا الفاً فهل له مخرج ؟ فقال « إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه » ولان النكاح ملك يصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وافتى بخلافه قال الاثرم سألت أبا عبدالله عن حديث ابن عباس بأي شيء

(والرواية الثانية) أن الوعيد بمفرده اكراه. قال في رواية ابن منصور حد الاكراه اذا خاف القتل أو ضربا شديداً وهذا قول اكثر الفقهاء وبه يقول ابو حنيفة والشافعي لان الاكراه لايكون الا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لايندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وانما أبيح له فعل المكره عليه دفعا لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل افضى الى قتله والقائه بيده الى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئاً لانه اذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الاكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لاينفي ثبوته في حق غيره، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاوالا قطعته فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فرده اليها رواه سعيد باسناده وهذا كان وعيداً

(فصل) ومن شرط الاكراه ثلاثة امور (احدها) ان يكون من قادر بسلطان او تغلب كاللص ونحوه وحكي عن الشعبي ان اكرهه اللص لم يقع طلاقه وان اكرهه السلطان وقع قال ابن عيينة لان اللص يقتله وعموم ماذكرناه في دليل الاكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصا وقد قال النبي ﷺ لعمار « ان عادوا فعد ولانه اكراه فمنع وقوع الطلاق كاكراه اللصوص (الثاني) ان يغلب على ظنه نزول الوعيد به ان لم يجبه الى ماطلبه (والثالث) ان يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين، فأما الشتم والسب فليس باكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير، فاما الضرب اليسير فان كان في حق من لايبالي به فليس باكراه وان كان من ذوي المروءات

تدفعه فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن ابن عباس من وجوه خلافه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والافلايجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد النبي ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه

(فصل) فان طلق ثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لانه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لانه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة يحصل بها فكان مكروها كتضييع المال، فان كانت المرأة صغيرة أو آيسة أوغير مدخول بها أو حاملا قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد، فاذا قال لها أنت طالق للسنة أو قال للبدعة طلقت في الحال واحدة قال ابن عبدالبر أجمع العلماء ان طلاق السنة إنما هو للمدخول بها فأما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لان الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الاقراء انما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الامران بالطلاق في الطهر

على وجه يكون اخراقا بصاحبه وغضاله وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وان توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس باكراه لان الضرر لاحق بغيره والاولى ان يكون اكراها لان ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هذا

(فصل) وان اكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لانه غير مكره عليه وان اكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضا لانه لم يكره على الثلاث، وان طلق من اكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وان خلصت نيته في الطلاق دون دفع الاكراه وقع لانه قصده واختاره ويحتمل ان لا يقع لان اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى الا مجرد النية فلا يقع بها طلاق، وان طلق ونوى بقلبه غير امرأته أو تأول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لان الاكراه دليل له على تأويله وان لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لانه معذور وذكر اصحاب الشافعي وجها انه يقع لانه لا مكره له على نيته

ولنا أنه مكره عليه فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الادلة ولانه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة .

الذي لم يجامعها فيه، أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الاشهر كالصغيرة التي لم تحض، والآيسات من المحيض لاسنة لطلاقهن ولا بدعة لان العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب، وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم ، فاذا قال لاحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت طلقة في الحال ولغت الصفة لان طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال أنت طالق للسنة والبدعة أو قال أنت طالق لاللسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة لانه طلاق أمر به لقوله عليه الصلاة والسلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » رواه مسلم وهو ظاهر كلام أحمد فانه قال أذهب الى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولانها في حال انتقلت اليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها الى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ، ويتفرع منه انه لو قال لها أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فاذا وضعت الحمل طلقت لان النفاس زمان بدعة كالحيض. وقوله إلا في العدد يعني انه يكره له أن يطلق ثلاثا أو يحرم لانه إذا طلق ثلاثا لم يبق له سبيل الى الرجعة فطلاق السنة في حقهم ان يكون واحدة ليكون له سبيلا الى تزوجها من غير ان تنكح زوجا غيره

(فصل) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها او قال لهما انهما طالقتان للسنة أوقال أردت طلاقها في زمن يصير طلاقها فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (أحدهما) لا يقبل

﴿ باب تصريح الطلاق وغيره ﴾

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي واسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي ، وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله ؟

ولنا قول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولانه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وان نواه بقلبه وأشار باصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . اذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمها الطلاق)

هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي وذهب أبو عبدالله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية لان الكنايات الظاهرة

وهو أشبه بالمذهب لانه فسر كلامه بما يحتمله فيقبل كما لو قال أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها

(فصل) إذا قال لها في طهر جامعها فيه أنت طالق للسنة فيئست من الحيض لم تطلق لانه وصف طلاقها بانه للسنة في زمن يصلح له فاذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع وكذلك ان استبان حملها لم يقع ايضا إلا على قول من جعل طلاق الحامل سنة فانه ينبغي ان يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لها لسنة وبدعة أنت طالق في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة)

إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فان كانت في طهر غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما اسلفناه ، وكذلك ان كانت حاملا قد استبان حملها على ظاهر كلام أحمد وقد ذكرنا الخلاف في الحامل فاذا قال لها أنت طالق للسنة في الحالتين طلقت لانه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال وإن قال ذلك لحائض لم يقع في الحال لان طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لان الصفة وجدت حينئذ فصار كانه قال أنت طالق في النهار فان كان في النهار طلقت وان كان في الليل

لا تفتقر عنده إلى النية وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه الاول أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال (فأمسكوهن بمعروف) وقال سبحانه (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا) وقول ابن حامد أصح فان الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً، ولفظة الفراق والسراح ان وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف لم يرد به الطلاق وانما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح باحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فانه مختص بذلك سابق الى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح فعلى كلا القولين اذا قال طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وان قال فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحا لم يوقعه به الا أن ينويه، فان قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله، وان قال أردت بقولي أنت طالق أي من وثاقي أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه اذا أراد

طلقت إذا جاء النهار وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لان الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لان الصفة وجدت وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فان أولج في آخر الحيضة واتصل بأول الطهر أو أولج مع اول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فهو زمان السنة يقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان طهرت لا كثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء أو تصلي أو يخرج عنها وقت الصلاة لانه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها

ولنا أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لا كثر الحيض ، والدليل على انها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ولان في حديث ابن عمر « فاذا طهرت طلقها إن شاء » وما قاله لا يصح فانا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر اصابها فيه طلقت في الحال

أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة انه لاطلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير مافي قلبه فقال أرجو أن يكون الامر فيه واسعا وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر فان كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لان لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل ، وان لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم ابو حفص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فتقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضي فيه روايتان هذه التي ذكرنا قال وهي ظاهر كلام احمد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفا أو صغارا أو الى شهر فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي او فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك في أن الطلاق لا يقع لان ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر ابو بكر في قوله أنت مطلقة انه ان نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء وان لم ينو شيئا فعلى قولين (أحدهما) يقع (والثاني) لا يقع وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لان هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق

وان كان في طهر لم يصبها فيه طلقت اذا اصابها أو حاضت هذه المسألة عكس المسألة التي قبلها فانه وصف الطلقة بانها للبدعة فاذا كان ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها وان كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت باول الحيض وإن اصابها طلقت بالتقاء الختانين فان نزع من غير توقف فلا شيء عليهما وان اولج بعد النزع فقد وطىء مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وان وطئها واستدام فسنذكرها ان شاء الله تعالى فيما بعد

(فصل) فان قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل تلغو الصفة ويقع الطلاق لانه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة دون الطلاق ويحتمل أن تطلق ثلاثا في الحال لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الاخرى ، وان قال للحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به ، وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين ، وفي الاخرى تطلق في الحال واحدة وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين ان أمكن)

(فصل) فأما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالا أنها صريحة لانه لافرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذي ذكره بمطرد فانهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل في الاذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الاسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان قال أنت الطلاق فقال القاضي لاتختلف الرواية عن احمد في أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه وبهذا قال ابو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) أنه غير صريح لانه مصدر والاعيان لاتوصف بالمصادر الا مجازاً (والثاني) ان الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالمتصرف منه وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر

نوهت باسمي في العالمين وأفـ ـنيت عمري عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلا ق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقولهم انه مجاز قلنا نعم الا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه

المنصوص عن احمد في هذه المسألة أنها تطلق ثلاثا ان كانت في طهر لم يجامعها فيه ، وان كانت حائضا طلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها ان جمع الثلاث سنة فاما على الرواية الاخرى فاذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين ، وقد أنكر أحمد هذا القول فقال في رواية مهنا اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة فقد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل ان أحمد أوقع الثلاث لان ذلك عنده سنة ، ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث مايدل على هذا ؟ قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة ، وقال ابو حنيفة يقع في كل قرء طلقة وان كانت من ذوات الاشهر وقع في كل شهر طلقة وبنى على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الاطهار ، وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فان قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه ، وان قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضا لانه مذهب

(فصل) وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم فاذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وابو حنيفة هو كناية لا يطلق به الا بنية لان معناه خليتك وهذه اللفظة كناية

ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فان معنى طلقتك خليتك أيضاً الا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا كذا هذه ولا خلاف في أنه اذا نوى بهـا الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وابو حنيفة وزفر والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هـذا طلاقك فقد وقع الطلاق)

(الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق اذا نواه به وقع ولا يقع من غير نيـة ولا دلالة حال ولا نعلم خلافا في أنت حرة انه كناية فأما اذا لطمها وقال هذا طلاقك فان كثيراً من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق ، وإن نوى لان هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله (غفر الله لك) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لان تقديره أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الخرقي محتمل لهـذا

طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الاثر فلا يبعد أن يريده قال أصحابنا يدين وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين (أحدهما) لا يقبل لان ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمنا . فان كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني الى قولي للسنة ولم أرده وانما أردت الايقاع في الحال وقع في الحال لانه مالك لايقاعها فاذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) فان قال أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة و بعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة الى الحال الآخرى لانه سوى بين الحالتين فاقتضى الظاهر ان يكونا سواء فيقع في الحال واحدة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض . ويحتمل ان يقع طلقة ويتأخر اثنتان الى الحال الاخرى لان البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع اقل ما يقع عليه الاسم لانه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر الى الحال الاخرى فان قيل لم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم يكمل فتقع الثلاث؟ قلنا متى امكنت القسمة من غير تكسير وجبت القسمة على الصحة فان قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال اثنتان وتأخرت الثالثة وان قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة او طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال فان طلق ثم قال نويت ذلك ان فسر نيته بما

أيضا ، ويحتمل انه انما يوقعه اذا كان في حال الغضب فيكون الغضب قائما مقام النية كما قام مقامها في قوله أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطامه لها قرينة تقوم مقام النية لانه يصدر عن الغضب فجرى مجراه والصحيح انه كناية في الطلاق لانه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد انه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقا عليه فصح أن يعبر به عنه وليس بصريح لانه احتاج الى تقدير ولو كان صريحا لم يحتج الى ذلك ولانه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعا ولا عرفا فأشبه سائر الكنايات وعلى قياسه مالو اطعمها او سقاها او كساها وقال هـذا طلاقك او لو فعلت المرأة فعلا من قيام او قعود او فعل هو فعلا ، وقال هذا طلاقك فهو مثل لطمها الا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها

(الفصل الثاني) أنه اذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرقي في هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر القاضي وابو بكر وابو الخطاب في ذلك روايتين

(احداهما) يقع الطلاق ، قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الرضاء لا في الغضب فأخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الاخرى) ليس بطلاق وهو قول ابي حنيفة والشافعي الا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري وأمرك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب ، ويحتمـل أن ماكان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة الا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي وحبلك

يوقع في الحال طلقت وقبل لانه يقتضي الاطلاق ولانه غير متهم فيه وان فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان (اظهرهما) انه يقبل لان البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب ان يقبل (والثاني) لا يقبل لانه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الاطلاق ومذهب الشافعي على نحو هذا فان قال انت طالق ثلاثا بعضهن للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل ان تكون كالتي قبلها لانه يلزم من ذلك ان يكون بعضها للبدعة فأشبه ما لو صرح به ويحتمل ان لا يقع في الحال الا واحدة لانه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحـدة لانهـا اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة او سائرها للبدعة

(فصل) اذا قال انت طالق اذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة الا انه لا يأثم لانه لم يقصده وان قال انت طالق اذا قدم للسنة فقدم زيد في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمن السنة وقع ويصير كأنه قال ان قدم زيد انت طالق للسنة لانه اوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها انت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ازيد دخل

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك انه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اذهبي واخرجي وروحي وتقنعي لايقع الطلاق به الا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام احمد والخرقي في الوقوع اناورد في قوله أنت حرة وهو مما لايستعمله الانسان في حق زوجته غالبا الا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ماكثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضا فكذلك في حال الغضب اذ لاحجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف مالم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فصار ظنا غالبا ، ووجه الرواية الاخرى أن دلالة الحال تغير حكم الاقوال والافعال فان من قال لرجل ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما ، ولو قال أنه لايغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :

فما حملت من ناقة فوق رحلها أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحا كقول النجاشي :

قبيلة لايغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر كأن ربي لم يخلق لخشيته سواهم من جميع الناس انسانا

بها طلقت عند قدومه حائضا كانت او طاهراً لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته انت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمن السنة وقع وإلا وقع اذا جاء زمان السنة.

﴿مسألة﴾ (وان قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة)

وإن كانت من ذوات القروء وقع في كل قرء طلقة فان كانت في القرء أوقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولها سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار ، وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة فان كانت من اللائي لم يحضن وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة ، وان قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في القرء ، لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ، واحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان انه قال ما اراه الا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من احسن المدح وأبلغه وفي الافعال لوان رجلا قصد رجلا بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه

(فصل) وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم في ما إذا أتى بها في حال الغضب على مافيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ماتقدم من التوجيه الا ان المنصوص عن أحمد ههنا أنه لايصدق في عدم النية قال في رواية أبي الحارث اذا قال لم أنوه صدق في ذلك اذا لم تكن سألته الطلاق فان كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لان الجواب ينصرف الى السؤال فلوقال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل منه تفسيره بغير الاقرار ولو قال زوجتك ابنتي وبعتك ثوبي هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتج الى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لانه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى واذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث انه يصدق ان كان في الغضب ولا يصدق ان كان جوابا لسؤال الطلاق ونقل عنه في موضع آخر انه اذا قال انت خلية أو بريئة أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه انه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة الا في الاربعة المذكورة والصحيح انه يصدق لما روى سعيد

حيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين ، والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين اذا قلنا الاقراء الاطهار ، والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة يستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوصفه لان عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

(فصل) فان قال أنت طالق للسنة ان كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ما وجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة ، ان كانت في زمن البدعة وقع ، والا لم يقع بحال فان كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

(أحدهما) لا يقع في المسئلتين لان الصفة ماوجدت فأشبه مالو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية ولم تكن كذلك .

باسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا لانزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثافزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل انك طلقت ثلاثا ؟ قال ألم تعلموا أني تزوجت فلانةثم طلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتهافسئل عثمان عن ذلك فقال له نيته، ولانه أمر يعتبر بنيته فيه فقبل قوله في مايحتمله كما لو كرر لفظا وقال أردت التوكيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (أبو عبدالله واذا قال لها انت خلية أو انت برية أوأنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحقي بأهلك فهو عندي ثلاث ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل)

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله الى انها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (احداهما) أنها ثلاث (والثانية) يرجع الى مانواه اختارها ابو الخطاب وهومذهب الشافعي قال يرجع إلى مانوى فان لم ينو شيئا وقعت واحدة ونحوه قول النخعي الا انه قال يقع طلقة بائنة لان لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عددا و روى حنبل عن أحمدمايدل على هذا فانهقال يزيدها في مهرها ان أرادرجعتها ولو وقع ثلاثا لم يبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج الى زيادة في مهرها

(والثاني) تطلق لانه شرط لوقوع الطلقة شرطاً مستحيلا فلغى ووقع الطلاق ، والاول أشبه ، وللشافعي وجهان كهذين .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة)

وكذلك إن قال أعدله أو أكمله أو أتمه أو أوفضله أو طلقة جليلة أو سنية ، فكذلك كله عبارة عن طلاق السنة ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أوأحسنه كقولنا،وان قال سنته أو أعدله وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت، فاذاوصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة رجعية ، أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة .

ولنا أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقاً للسنة مطابقاً للشرع فهو كقوله أحسن ، وفارق قوله طلقة رجعية ، لان الرجعية لا تكون إلا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله فان قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في زمان الحيض لانه أشبه باخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لانه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ ، وان كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم على وجهين فيما تقدم .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود باسناده ان ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ماأردت الا واحدة فقال رسول الله ﷺ « الله ماأردت الا واحدة؟» فقال ركانة الله ماأردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان ، قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث ،ولان النبي ﷺ قال لابنة الجون «الحقي بأهلك» ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عن ذلك ، ولان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق

وقال الثوري وأصحاب الرأي ان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين او واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لان الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لاتقتضيه

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وان لم ينو إلا في خلع أو قبل الدخول فانها تطلق واحدة لانها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لان اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة ان البينونة لاتحصل الا بها ووجه انها ثلاث انه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت انها ثلاث ، قال أحمد في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا

وقال علي والحسن والزهري في البائن انها ثلاث. وروى النجاد باسناده عن نافع أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال ان ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أقبحه أو أسمجه أو أفحشه أو أردأه أو أنكده حمل على طلاق البدعة) فان كانت في وقت البدعة والا وقف على مجيء زمان البدعة

وحكي عن أبي بكر أنه يقع ثلاثاً ان قلنا ان جمع الثلاث بدعة وينبغي أن يقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعا لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وان نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول انما أردت ان طلاقك أقبح الطلاق لانك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه الى زمن السنة لم يقبل ، لان لفظه لا يحتمله .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أردت أن أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال) لان هذا يوجد في الحال فوقع فيه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال) لانه وصفها بصفتين متضادتين فلغتا وبقي مجرد الطلاق فوقع فان قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة

فقالا: لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع الينا فاخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره، وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها

وروى النجاد باسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا، ولانه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثا أو نوى الثلاث واقتضاؤه البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لان البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة ان رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعتبره الشرع انما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لان الصحابة لم يفرقوا، ولان كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله انت طالق ثلاثا

فأما حديث ركانة فان أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون «الحقي بأهلك» فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي مثلها فيقتصر الحكم عليها، وقولهم ان الكناية رلية كالصريح قلنا نعم إلا أن

لكونها في زمن البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لان الحرج الضيق والاثم فكأنه قال طلاق الاثم وطلاق البدعة طلاق الاثم وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا لان الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع اليها ويمنعها الرجوع هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه اثم فيجتمع عليه الامران الضيق والاثم، وان قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق السنة والبدعة

﴿ باب صريح الطلاق وكنايته ﴾

لا يقع الطلاق بغير لفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر ابن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي واسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله

الصريح ينقسم الى ثلاث تحصل بها البينونة والى مادونها مما لاتحصل به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو هذه الظاهرة ومنها مايقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم

(فصل) وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي ان الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لانه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج الى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع الا بنية لقوله واذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه فمفهومه ان غير الصريح لا يقع الا بنية ولان هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات

(فصل) والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهي ستة الفاظ خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأمرك بيدك ، الحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل ، وان قال أنت طالق بائن أو البتة فكذلك الا أنه لايحتاج الى نية لانه وصف بها الطلاق الصريح وان قال أنت طالق لارجعة لي عليك وهي مدخول بها فهي ثلاث ، قال أحمد اذا قال لامرأته أنت طالق لارجعة فيها ولا مثنوية هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندي وهذا قول أبي حنيفة ، وان قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك ، وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية صح وكان صفة الثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وان قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات (احداهن) أنها واحدة رجعية ويلغو مابعدها قال أحمد لا أعرف شيئا متقدما ان نوى واحدة تكون

ولنا قول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولانه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بمجرد النية كالبيع والهبة وكذلك إن نواه بقلبه وأشار بأصبعه فانه لايقع لما ذكرناه. إذا ثبت أنه يعتبر له اللفظ فهو يتصرف الى صريح وكناية ، فصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح وهو اختيار ابن حامد فاذا قال أنت طالق أو مطلقة أو قال طلقتك وقع الطلاق من غير نية ، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته

﴿ مسئلة ﴾ (وقال الخرقي صريحه ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن)

وهذا مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة أن صريحه يختص بلفظ الطلاق وماتصرف منه ووجه هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه قول الخرقي أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب في الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق قال الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال (فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف) وقال سبحانه (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعكن

بائنا وهذا مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثانية) هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحمد لانه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا قوله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن أحمد اذا طلق امرأته واحدة البتة فان أمرها بيدها يزيدها في مهرها ان أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائنا لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت الى زيادة في مهرها ولو وقع الثلاث لما حلت له رجعتها ، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول ابراهيم النخعي، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لان لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال انت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة .

(القسم الثاني) مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة[1] الحقي بأهلك ، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك ، وأنت علي حرج، وأنت علي حرام، واذهبي فتزوجي من شئت، وغطي شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتك، فهذه عن أحمد فيها روايتان [احداهما] أنها ثلاث (والثانية) ترجع الى ما نواه وان لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات

(والضرب الثاني) مقيس على هذه وهي استبرئي رحمك وحللت للازواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها ، والصحيح في قوله الحقي بأهلك أنها واحدة

(١) كذا في الاصول ولكنه لم يذكر غير تسعة

وأسرحكن سراحا جميلا) والقول الاول أصح فان الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً ، ولفظة الفراق والسراح إن وردت في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردت فيه لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف) لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح باحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فانه مختص بذلك سابق إلى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح

(مسئلة) (فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه)

وجملة ذلك ان الصريح لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد فمتى قال انت طالق أو مطلقة أو طلقتك وقع من غير نية بغير خلاف لان ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية اذا كان صريحا فيه كالبيع سواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد قال أبو عبيد هو قول سفيان وأهل العراق . فأما لفظ الفراق

ولا تكون ثلاثا الا بنية لان النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك، قال الأثرم قلت لابي عبدالله إن النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري، وكذلك قوله اعتدي، واستبرئي رحمك لا يختص الثلاث فان ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث، وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدي فجعلها تطليقة وروى هشيم أنبأنا الاعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الاسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست بأهونهن

وأما سائر اللفظات فان قلنا هي ظاهرة فلان معناها معنى الظاهرة فان قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك انما يكون في البتوتة اما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله انت حرة أو أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق هنا النكاح، وقوله انت حرام يقتضي بينونتها منه لان الرجعية غير محرمة وكذلك حللت للازواج لانك بنت مني وكذلك سائرها وان قلنا هي واحدة فلأنها محتملة فان قوله حللت للازواج أي بعد انقضاء عدتك اذ لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحي من شئت وسائر الالفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها

(القسم الثالث) الخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وانت مخلاة واختاري ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث ان نوى ثلاثا واثنتان ان نواهما وواحدة ان نواها أو أطلق قال احمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر وما عني به الطلاق

والسراح فينبني على الخلاف فيه، فمن جعله صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن جعله كناية لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية، فان قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله

(مسئلة) (فان نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد ان يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد أنها مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق فان ادعى ذلك دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين الا ان يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل)

اذا نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك أو نحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى (فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه) قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبدالله انه اذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو ان يكون الامر فيه واسعاً، وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر فان كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لان لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه

فهو على ما عني مثل حبلك على غاربك اذا نوى واحدة او اثنتين او ثلاثا فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك، واذا نص في هاتين على انه يرجع الى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يتم اثنتان وان نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وان قال انت واحدة فهي كناية خفية لكنها لا تقع بها الا واحدة وان نوى ثلاثا لانها لا تحتمل غير الواحدة وان قال اغناك الله فهي كناية خفية لانه يحتمل اغناك الله بالطلاق لقول الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته)

(فصل) والطلاق الواقع بالكنايات رجعي مالم يقع الثلاث في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن الا اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة لانها تقتضي البينونة فتقع البينونة كقوله انت طالق ثلاثا

ولنا انه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب ان يكون رجعيا كصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم انها تقتضي البينونة قلنا فينبغي ان تبين بثلاث لان المدخول بها لا تبين الا بثلاث او عوض

(فصل) فأما مالا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدي وقومي وكلي واشربي واقربي واطعميني واسقيني وبارك الله عليك وغفر الله لك وما احسنك واشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وان نوى لان اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية وقد ذكرنا انه لا يقع بها وبهذا

مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل وان لم يكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو حفص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فيقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها، وقال القاضي فيه روايتان (احداهما) التي ذكرناها قال وهي ظاهر كلام احمد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر ، فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك أن الطلاق لا يقع لان ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط وذكر أبو بكر في قوله أنت مطلقة إن هو نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء، وان لم ينو شيئا فعلى قولين احدهما يقع والثاني لا يقع وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد انه صريح وهو صحيح لان هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله انت طالق، فان قال أردت بقولي أنها مطلقة من زوج كان قبلي ففيه وجه ثالث أنه يقبل ان كان وجد لان كلامه يحتمله ولا يقبل ان لم يكن وجد لانه لا يحتمله وقد ذكرنا في ذلك روايتين غير هذا الوجه

قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع به كقولنا ذوقي وتجرعي

ولنا ان هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده الا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون - وقال - فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله اطعميني، وفارق ذوقي وتجرعي فانه يستعمل في المكاره كقول الله تعالى (ذق انك أنت العزيز الكريم - وذوقوا عذاب الحريق - وذوقوا مس سقر) وكذلك التجرع قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح ان يلحق بهما ما ليس مثلها

(فصل) فان قال انا منك طالق أو جعل امر امرأته بيدها فقالت انت طالق لم تطلق زوجته نص عليه في رواية الاثرم وهو قول ابن عباس والثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقال مالك والشافعي تطلق اذا نوى به الطلاق وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعي والقاسم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في احدهما صح في الآخر ولا خلاف في انه لا يقع به الطلاق من غير نية

ولنا أنه محل لا يقع الطلاق باضافته اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كالاجنبي ولانه لو قال: أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولان الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم يقع إزالة الملك باضافة لازالة إلى المالك كالعتق، ويدل على هذا ان الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل الى ابن عباس فقال ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثا فقال ابن عباس خطأ الله نوءها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (ولو قيل له اطلقت امرأتك فقال نعم وأراد الكذب طلقت ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق)

أما اذا قيل له اطلقت امرأتك قال نعم أوقيل له امرأتك طالق فقال نعم طلقت امرأته وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختاره المزني لان نعم صريح في الجواب والصريح للفظ الصريح صريح ،الا ترى لو قيل له لفلان عليك الف؟ قال نعم وجب عليه فان قيل له أطلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايقاع وقع وان قال أردت أنني علقت طلاقها بشرط قبل لان ما قاله محتمل وان قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة فقال قد طلقتها ثم قال انما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحكم فان لم يكن وجد ذلك منه لم يقبل وان كان وجد فعلى وجهين ،واما اذا قيل له ألك امرأة فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء لان قوله لي امرأة كناية يفتقر الى نية الطلاق واذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني او ترضيني او انني كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئا لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لانها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن ابي سليمان

(فصل) وان قال أنا منك بائن أو بريء، فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبدالله بن حامد يتخرج على وجهين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه فلم يقع باضافة كنايته اليه كالأجنبي (والثاني) يقع لان لفظ البينونة والبراءة يوصف بها كل واحد من الزوجين ، يقال بان منها و بانت منه و بريء منها و برئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقته المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا نطلقا ولا تسرحا

وان قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن ولم تقل مني انه لا يقع وجها واحدا ، وان قالت أنا بائن ونوت وقع وان قالت أنت مني بائن فعلى الوجهين فيخرج ههنا مثل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه)

قد ذكرنا ان صريح الطلاق لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك ، ولان ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية اذا كان صريحا فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء، روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد

وابو حنيفة والشافعي وقال ابو يوسف ومحمد لا تطلق لان هذا ليس بكناية ولكنه خبر هو كاذب فيه وليس بايقاع

ولنا انه محتمل للطلاق لانه اذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله انت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وبهذا يبطل قولهم

(فصل) فاما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فاشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالا انها صريحة لانه لا فرق بين فعلت وافعلت نحو عظمته واعظمته وكرمته واكرمته، وليس هذا الذي ذكره مطرداً فانهم يقولون حييته من التحية واحييته من الحياة واصدقت المرأة صداقاً وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين اقبل وقبل ودبر وادبر وبصر وابصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة اوحرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل في الاذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرقوا بين قيد النكاح بالتضعيف في احدهما والهمزة في الآخر ولوكان معنى اللفظين واحدا لقيل طلقت الاسير والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

قال أبو عبيد وهو قول سفيان وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية

(فصل) فان قال الاعجمي لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم تطلق لانه ليس بمختار الطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره ، فان نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لانه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، ويحتمل أن تطلق إذا نوى موجبها لانه لفظ بالطلاق ناويا موجبه فأشبه العربي، وكذلك الحكم إذا قال العربي بهشتم وهو لا يعلم معناها

(فصل) فان قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلقت زوجته لانه لا يملك طلاق غيرها فان قال أردت الاجنبية لم يصدق نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الاخرى التي ليست بزوجتي فقال يحنث ولا يقبل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسمهما فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدقه في الحكم

وقال القاضي فيما اذا نظر الى امرأته وأجنبية فقال احداكما طالق وقال أردت الاجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين ، وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما اذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية

﴿ مسئلة ﴾ (وان لطم امرأته اوأطعمها او اسقاها وقال هذا طلاقك طلقت الا ان ينوي ان هذا سبب طلاقك أونحو ذلك لان هذا اللفظ كناية في الطلاق اذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية او دلالة حال لانه اضاف اليها الطلاق فوقع بها كما لو قال انت طالق)

وقال ابن حامد تطلق من غير نية لان تقديره اوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون صريحا وقال اكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وان نوى لان هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك . ولنا على انه كناية انه يحتمل هذا التفسير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل ان يكون سببا للطلاق لكون الطلاق معلقاً عليه فصح أن يعبر به عنه ولان الكناية ما احتملت الطلاق وهذا يحتمله لانه يجوز أن يكون قد علق طلاقها فلما فعله قال هذا طلاقك اخباراً لها فلزمه ذلك كقوله اعتدى ، ويدل على أنه ليس بصريح أنه احتاج إلى التقدير والصريح لا يحتاج إلى تقدير فيكون كناية، فان نوى ان هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك فلا تطلق لانه إذا أراد سبب الطلاق جاز أن يكون سبباً له في زمان بعد هذا الزمان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق لا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت)

وكذلك إن قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق طلقة لا ينقضي بها عدد طلاقك لان ذلك

اسمها زينب لان زينب لايتناول الاجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه، فأما اذا قال احداهما فانه يتناول الاجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله

ولنا أنه لايحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لايحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعي وما ذكروه من الفرق لايصح فان احداكما ليس بصريح في واحدة منهما انما يتناول واحدة لابعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما اذا قال احداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها ، ولما قال النبي ﷺ للمتلاعنين « أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا الى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان «فشركما لخيركما الفداء» لم ينصرف شرهما إلا الى أبي سفيان وحده وخيرهما النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لان اللفظ محتمل له ، وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على ارادته الاجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظالما أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف اليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته لانها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال ياحفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فان لم

ورفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن كان ذلك خبراً فهو كذب لان الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق أولا؟ أو طالق واحدة أولا؟ لم تطلق)

لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظاً لايقاع ويخالف المسئلة قبلها لانه ايقاع ويحتمل أن يقع لان لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لان لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولايرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها ، وكذلك إن قال أنت طالق واحدة أولا ؟ وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي وقال محمد في هذه تقع واحدة لان قوله أولا يرجع الى مايليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع ولا يصح لان واحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها رجع اليها فصار كقوله أنت طالق أولا ؟

﴿مسئلة﴾ (وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ على روايتين)

إذا كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم

تكن له نية أو نوى المجيبة وحدها طلقت وحدها لانها المطلقة دون غيرها ، وإن قال ماخاطبت بقولي أنت طالق الا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها ، وإن قال علمت أن المجيبة عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معا في قولهم جميعا ، وإن قال ظننت المجيبة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمرة روايتان :

(احداهما) تطلق أيضا وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لانه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها

(والثانية) لاتطلق وهو قول الحسن والزهري وأبي عبيد ، قال احمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ماتقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لايختلف كلام احمد أنها لاتطلق ، وقال الشافعي تطلق المجيبة وحدها لانها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لانه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة فان المنوية تطلق بارادتها الطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لان الاعتراف بما لايوجب لايوجب ولان الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال

وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لا يقع به طلاق وإن نواه لانه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته فجعل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل في الحكم في أصح الوجهين لان ذلك يقبل في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي ﷺ « عفي لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناويا للطلاق والخبر انما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به

(فصل) وإن أشار الى عمرة فقال ياحفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه الى نداء حفصة طلقت عمرة وحدها لانه لم يرد بلفظه الا طلاقها وانما سبق لسانه الى غير ماأراده فأشبه مالو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه الى أنت طالق ، وان أتى باللفظ مع علمه أن المشار اليها عمرة طلقتا معا عمرة بالاشارة اليها واضافة الطلاق اليها وحفصة بنيته و بلفظه بها ، وان ظن أن المشار اليها حفصة طلقت حفصة وفي عمرة روايتان كالتي قبلها

(فصل) وان لقي أجنبية ظنها زوجته فقال : فلانة أنت طالق فاذا هي أجنبية طلقت زوجته نص عليه احمد ، وقال الشافعي لاتطلق لانه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق

ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت كما لو قال علمت انها أجنبية وأردت طلاق زوجتي وان قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا لانه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل أن لاتطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولاذكر اسمها معه وان علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وان لم يردها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وان لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يامطلقة أو لقي أمته فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي ياحرة فقال ابو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحي يامطلقة أو ياحرة وهو لايعرفها فاذا هي زوجته أو أمته لايقع بهما طلاق ولا حرية لانه لم يرد بهما ذلك فلم يقع بهما شيء

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم ينو شيئاً)

فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي والشريف في الارشاد على روايتين (احداهما) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما ذكرنا من أن الكتابة تقوم مقام اللفظ (والثانية) لا يقع إلا بنيته وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لان الكتابة محتملة فانه يقصد بها تجربة القلم أو تجويد الخط وغم الاهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق

(مسئلة) (وإن كتبه بشيء لا يبين مثل بأصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع)

وقال أبو حفص العكبري يقع ، ورواه الاثرم عن الشعبي لانه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين والاول أولى لان الكتابة لا تبين كالهمس بالفم بما لايستبين وثم لا يقع فههنا أولى

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الا في موضعين (احدهما) إذا كتب الطلاق ونواه وقد ذكرناه (الثاني) من لا يقدر على الكلام كالاخرس إذا طلق بالاشارة طلقت زوجته وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لانه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة فقامت اشارته مقام النطق

كسبق اللسان إلى مالم يرده، ويحتمل أن لا تعتق الامة لان العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله ياحرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يامطلقة

(فصل) فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام يقع بها الطلاق من غير نية قال القاضي في الشرح وهذا ظاهر كلام احمد والخرقي لأنها مستعملة في الطلاق في العرف فصارت كالصريح

ولنا أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنايات ، واذا ثبت اعتبار النية فانها تعتبر مقارنة اللفظ فان وجدت في ابتدائه وعريت عنه في سائره وقع الطلاق، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعريت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لان القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء

ولنا أن ما تعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلاة وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء ولو قال قد طلقتها وأراد به الكذب لزمه الطلاق)

انما لم يلزمه إذا أراد الكذب لان قوله مالي امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق ، واذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو اني كن

من غيره فيه كالنكاح ، وأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان أشار الاخرس باصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي

(مسئلة) (وصريح الطلاق في لسان العجم بهشتم)

فاذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا تطلق به الا بنية لان معناه خليتك وهذه اللفظة كناية

ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ويستعملونها فيه فأشبه لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح في الطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فان معنى طلقتك خليتك أيضاً الا أنه لما كان موضوعا له تستعمل فيه كان صريحاً كذا هذه ولا خلاف في أنه اذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي فان قاله العربي ولا يفهمه أو طلق لم يقع لانه لم يختر الطلاق لعدم علمه بمعناه ، وان نوى موجبه فعلى وجهين (أحدهما) لا يقع لانه لا يتحقق اختياره لما لا يعلمه فأشبه ما لو نطق بكلمة الكفر فانه لا يعرف معناها (والثاني) يقع لانه أتى بالطلاق ناويا مقتضاه فوقع كما لو علمه

لا امرأة له أو لم ينو شيئا لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية ، وان أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لانها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق فان هذا ليس بكناية وانما هو خبر هو كاذب فيه وليس بايقاع

ولنا أنه محتمل للطلاق لانه اذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم . فاما ان قال طلقتها وأراد الكذب طلقت لان لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية ، وان قال خليتها أو أبنتها افتقر إلى النية لانه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية

(فصل) فان قيل له أطلقت امرأتك؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق؟ فقال نعم طلقت امرأته، وان لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لان نعم صريح في الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ألا ترى انه لو قيل له ألفلان عليك ألف؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل له طلقت امرأتك؟ فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايقاع وقع ، وان قال أردت أني علقت طلاقها بشرط قبل لانه محتمل لما قاله وان قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة؟ فقال قد طلقتها ثم قال إنما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما في الحكم فان لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لانه لا يحتمل ماقاله وان كان وجد فعلى وجهين

(فصل) فان قال حلفت بالطلاق أو قال علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم ، ذكره القاضي وأبو الخطاب وقال أحمد في رواية محمد ابن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين ، وذلك لان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه والكنايات نوعان ظاهرة وهي سبعة : أنت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت حرة وأنت الحرج . أكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله الى أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (احداهما) أنها ثلاث (والثانية) يرجع إلى ما نواه واختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى مانوى فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعي الا أنه قال تقع طلقة بائنة لان لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فانه قال يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاث لم تبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة في مهرها ، واحتج الشافعي بما روى أبو داود باسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال النبي ﷺ الله ماأردت الا واحدة؟» فقال ركانة الله ماأردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث لان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق وقال الثوري وأصحاب الرأي ان نوى ثلاثاً فثلاث وان نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتان لان الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى

قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذبا فيه لم يصر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكي في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال اذا قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحد وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق اذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه ولذلك قال يرجع إلى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في كتاب الايمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف فهل يقع به الطلاق؟ على روايتين

« مسئلة » قال (واذا وهب زوجته لاهلها فان قبلوها فواحدة يملك الرجعة ان كانت مدخولا بها وان لم يقبلوها فلا شيء)

هذا المنصوص عن أحمد في هذه المسئلة ، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك واسحاق وروي عن علي رضي الله عنه والنخعي ان قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث وان لم يقبلوها فواحدة رجعية، وروي عن أحمد مثل ذلك ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها وكذلك قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه ، وقال ربيعة ومالك يقع بها الثلاث وإن لم ينو الا في الخلع أو قبل الدخول فانها تطلق واحدة لانها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لان اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع الثلاث ضرورة لان البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وعمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث قال أحمد في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا قال علي والحسن والزهري في البائن انها ثلاث وروى النجاد باسناده عن نافع باسناده أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال ان ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجد ان له رخصة؟ فقالا لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع الينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها وروى باسناده أن عمر جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات . وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولانه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث وافضاؤه الى البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لان البت القطع فكأنه قطع النكاح

ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك البضع فافتقر إلى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثا أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما ان نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات، ولا بد من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية كذلك، قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضا كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فان صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لاهلها

(فصل) فان باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وان نوى وبهذا قال الثوري واسحاق وقال مالك تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لانه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه مالو وهبها

ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لانه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد اسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني

(مسئلة) قال (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وان تطاول مالم يفسخ أو يطأها)

وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه الى المرأة ويجعله الى اختيارها بدليل أن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه، ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها

كله وكذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة ان رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً وكذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعتبره الشرع انما يعتبره فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن ايقاع واحدة بائنة لانه لا يقدر على ايقاع ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولا يفرق بين المدخول بها وغيرها لان الصحابة لم يفرقوا لان كل لفظة أوجبت الثلاث في مدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثاً فأما حديث ركانة فان أحمد ضعف اسناده فلذلك تركه، وقوله أنت حرة يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ههنا النكاح، وقوله أنت الحرج يعني الحرام والاثم. قال الله تعالى (ليس على الاعمى حرج) أي اثم وأصله الضيق قال الله تعالى (فلا يكن في صدرك حرج منه) فكأنه حرمها واثم نفسه في امساكها فصار في ضيق من أمرها وانما تكون بالبينونة على ما مر

أبداً لا يتقيد ذلك بالمجلس . روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الحكم وابو ثور وابن المنذر وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقته لانه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله اختاري

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تنكل ولا نعرف له في الصحابة مخالفا فيكون اجماعا ، ولانه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي وفارق قوله اختاري فانه تخيير فان رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي واسحاق ، وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لانه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبيا ، وقولهم تمليك لا يصح فان الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وانما ينوب فيه غيره عنه فاذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير ، ثم وان سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع ، وإن وطئها الزوج كان رجوعا لانه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وان ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول مالم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الامر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب

﴿ مسئلة ﴾ (والخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامرأة واعتدي واستبرئي وما أشبهه واختاري ووهبتك لأهلك فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا واثنتان إن نواهما وواحدة ان نواها أو أطلق)

ما ظهر وما عنى به الطلاق نحو على ما عنى مثل حبلك على غاربك اذا نوى واحدة او اثنتين او ثلاثا فهو على مانوى . وقد ذكر الخرقي في قوله حبلك على غاربك في الكنايات الظاهرة : وان قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنه لا يقع بها إلا واحدة وان نوى ثلاثا ذكره شيخنا لانها لا تحتمل أكثر منها ، وان قال أغناك الله فهو كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وهذا مذهب الشافعي ، وقال ابو حنيفة في الكنايات لا يقع اثنتان وان نواهما وتقع واحدة وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (واختلف في قوله ألحقي بأهلك وحبلك على غاربك وتزوجي من شئت وحللت للازواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت علي حرام وأنت علي حرج هل هي ظاهرة او خفية ؟ وغطي شعرك وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان)

(إحداهما) انها ثلاث والاخرى ترجع إلى مانواه وان لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات

وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والاوزاعي والشافعي ، وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية

ولنا انه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما ان نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج الى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قالت اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة)

وجملة الامر أن المملكة والمخيرة اذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية . روي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن ابي ليلى والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور ، وروي عن علي أنها واحدة بائنة ، وبه قال ابو حنيفة وأصحابه لان تمليكه إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها ، واذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث الا أن مالكا قال اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك الا بثلاث ، وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفى بها

ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية

الخفية ، وقد قاسوا على هذه استبرئي رحمك وتقنعي فهذه في معنى المذكورة فيكون حكمها حكمها . والصحيح في الحقي بأهلك أنهـا واحدة ولا تكون ثلاثا إلا بنية لان النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عنه أمته قال الاثرم قلت لابي عبد الله إن النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة قال لا أدري ، وكذلك قوله استبرئي رحمك لمن لا تحيض ثلاث فان ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث ، وقد روى هاشم أنا الاعمش عن المنهال بن عمر أن نعيم بن دجاجة الاسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج فكتب في ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال اما أنها ليست بأهونهن ، فأما سائر اللفظات فان قلنا هي ظاهرة فان معناها معنى الظاهرة فان قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك انما يكون في المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان ، وقوله أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها والرق ههنا النكاح ، وقوله أنت علي حرام يقتضي بينونتها منه لان الرجعية غير محرمة وكذلك قوله حللت للازواج لانك بنت مني وكذلك سائرها ، وان قلنا هي واحدة فانها محتملة فان قوله حللت للازواج أي بعد انقضاء عدتك لانه لا يمكن حلها

(فصل) وهذا اذا لم تنو أكثر من واحدة فان نوت أكثر من واحدة وقع مانوت لانها تملك الثلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج وهكذا ان أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج ان كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث اذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لايدخل علي ونحوها وقع ما نوت

قال أحمد اذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا يدخل علي إلا باذن تنوّي في ذلك ان قالت واحدة فواحدة وان قالت أردت أن أغيظه قبل منها يعني لايقع شيء وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم ان طلق بلفظ صريح ثلاثا أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا وان كان بكناية خفية وقع ما نواه

(فصل) وقوله أمرك بيدك وقوله اختاري نفسك كناية في حق الزوج يفتقر الى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات فان عدما لم يقع به طلاق لانه ليس بصريح وانما هو كناية فيفتقر الى ما يفتقر اليه سائر الكنايات وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك لا يفتقر إلى نية لانه من الكنايات الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضا كناية في حق المرأة ان قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لايفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج لان الزوج ملك الطلاق بقول من جهتها فلم يفتقر إلى نيتها كما لو قال ان تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لايقع الا واحدة بائن وان نوت ثلاثا لان ذلك تخيير والتخيير لا يدخله عدد كخيار المعتقة

قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحي من شئت وكذلك سائر الالفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها ، وذكر بعض أصحابنا اعتدي الخلاف فيه والصحيح أنها من الخفية لما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال لسودة « اعتدي » متفق عليه

(فصل) وان قال أنت طالق بائن البتة ففيه من الخلاف ماذكرنا في الكنايات الظاهرة لانه لايحتاج الى نية لانه وصف بها الطلاق الصريح ، فان قال أنت طالق لارجعة لي عليك وهي مدخول بها قال احمد اذا قال لامرأته أنت طالق لا رجعة فيها ولا مبتوتة هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا عندي وهو مذهب ابي حنيفة ، وان قال ولارجعة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب ابي حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية وكان صفة الثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وان قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات (احداهن) أنها واحدة رجعية ويلغو مابعدها قال احمد لاأعرف شيئا متقدما ان واحدة تكون بائنا وهذا مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لاتتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثانية) هي ثلاث قاله ابو بكر وقال هو قول احمد لانه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا

ولنا أنها موقعة الطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت ان اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث فاذا نوياه وقع كقوله أنت بائن

(مسئلة) قال (وان طلقت نفسها ثلاثا وقال لم أجعل اليها إلا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت)

وممن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وعن عمر وابن مسعود أنها تطليقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال الشافعي ان نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وان نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته

قال القاضي ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على انه إذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا انه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقي نفسك ماشئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه خلاف مايقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثا

(مسئلة) قال (وكذلك الحكم اذا جعله في يد غيرها)

وجملة ذلك انه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم مالو جعله بيدها في أنه بيده في

وله واحدة كما قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن احمد اذا طلق امرأته البتة فان أمرها بيدها يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائناً لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما جعل أمرها بيدها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها قال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون مثل قول ابرهيم النخعي ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لان لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق ، وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة

(مسئلة) (ومن شرط وقوع الطلاق بها أن ينوي بها الطلاق)

يعني من شرط وقوع الطلاق بالكناية النية الطلاق لأنها كناية فلا يقع بها طلاق بدون النية كالكناية الخفية ، وان لم ينو شيئا ولا دلت عليه قرينة لم يقع لانه ظاهر في غير الطلاق فلم يصرف اليه عند الاطلاق كما لا ينصرف الصريح إلى غيره ، وان نوى بها الطلاق وقع وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد والخرقي أن الطلاق يقع بالكنايات الظاهرة من غير نية وهو قول مالك لانه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج الى نية كالصريح ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية لانه كناية فأشبه سائر الكنايات

المجلس وبعده ووافق الشافعي على هذا في حق غيرها لانه توكيل وسواء قال له أمر امرأتي بيدك أو قال جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو قال طلق امرأتي ، وقال أصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لانه نوع تخيير أشبه مالو قال اختاري

ولنا انه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع ، وإذا ثبت هذا فان له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطؤها وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرأة ، وليس له أن يجعل الامر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الامر بأيديهم فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأي يصح

ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهما كما لو وكلهم في العتق ، وان جعله في يد كافر أو عبد صح لانه ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلها فيه ، وان جعله في يد امرأة صح لانه يصح توكيلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل ، وان جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته طلاقه فقال : إذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثا فطلقها ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل وهذا لانه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام احمد أنها اذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ

(فصل) إذا ثبت اعتبار النية فانها تعتبر مقارنة اللفظ فان وجدت في ابتدائه وعزبت عنه في سائره وقع الطلاق ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعزبت نيته حين قال أنت بائن لم يقع لان القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء

ولنا أن ما يعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلوات وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق كما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

(مسألة) (الا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين)

ذكرهما ابو بكر والقاضي وابو الخطاب (احداهما) يقع الطلاق ذكره الخرقي . قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الغضب أخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الثانية) ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري أمرك بيدك كقولنا في الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي رحمك وحبلك

كما قررناه في الصبي اذا طلق وفي الصبي رواية أخرى لايقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لانها مثله في المعنى والله أعلم

(فصل) فان جعله في يد اثنين أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح وليس لاحدهما أن يطلق على الانفراد الا أن يجعل اليه ذلك لانه انما رضي بتصرفهما جميعا وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو عبيد وابن المنذر ، وان طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا وقعت واحدة وبهذا قال اسحاق وقال الثوري لايقع شيء

ولنا أنهما طلقا جميعا واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليهما واحدة

(فصل) ويصح تعليق أمرك بيدك واختاري نفسك بالشروط ، وكذلك ان جعل ذلك الى أجنبي صح مطلقا ومقيداً ومعلقا نحو أن يقول اختاري نفسك وأمرك بيدك شهراً أو اذا قدم فلان فأمرك بيدك أو اختاري نفسك يوما او يقول ذلك لأجنبي ، قال احمد اذا قال اذا كان سنة او أجل مسمى فأمرك بيدك فاذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضا اذا تزوج امرأة وقال لأبيها ان جاءك خبري الى ثلاث سنين والا فأمر ابنتك اليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الاب فان كان الزوج لم يرجع فيما جعل الى الاب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل اليه ووجه هذا انه فوض أمر الطلاق الى من يملكه فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فاذا صح هذا فان الطلاق الى من فوض اليه على حسب ماجعله اليه في الوقت الذي عينه له

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اخرجي واذهبي وروحي تقنعي لايقع الطلاق به الا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا ، وكلام الخرقي انما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الانسان في حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق ، ولا يلزم من الاكتفاء كذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء فكذلك في حال الغضب إذ لا حجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف مالم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوى الظن فصار ظنا غالبا، ووجه الرواية الاخرى ان دلالة الحال تغير حكم الاقوال والافعال فان من قال لرجل ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وان قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما ولو قال انه لايغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما احد اوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان

فما حملت من ناقة فوق رحلها أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قال في حال الذم كان هجوا قبيحا كقول النجاشي

قبيلته لايغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

لا قبله ولا بعده وللزوج الرجوع في هذا لانه عقد جائز ، قال احمد ولا تقبل دعواه للرجوع الا ببينة لانه مما يمكن اقامة البينة عليه ، فان طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج لانه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة وقد نص احمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط فان غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه احمد أيضا لهذه العلة ، وحمله القاضي أيضا على الاستحباب لان الاصل بقاء النكاح فحمل الامر فيه على اليقين ، وقول احمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل اليه معناه انه لايقبل قوله انه قد رجع اليه الا ببينة ولو صدقته المرأة في انه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خيرها فاختارت فرقته من وقتها والا فلا خيار لها)

أكثر أهل العلم على ان التخيير على الفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده . روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده مالم يفسخ أويطأ ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله ﷺ لعائشة لما خيرها « اني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولانه جعل أمرها اليها فأشبه أمرك بيدك ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة روى النجاد باسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى

وقال آخر : كأن ربي لم يخلق لخشيته سواهم من جميع الناس انسانا

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه ، وفي الافعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يجز قتله ، ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ههنا يدل على عقد الطلاق فيقوم مقامه

﴿ مسئلة ﴾ (وان جاء جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع بها الطلاق)

لدلالة الحال عليه فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ماتقدم من التوجيه . قال شيخنا والاولى في الالفاظ التي يكثر استعمالها لغير الطلاق نحو اخرجي واذهبي أنه لايقع بها طلاق حتى ينويه بخلاف مالا يستعمل في غير الطلاق إلا نادراً وقد ذكرنا في المسئلة التي قبلها دليل ذلك

عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مالم يتفرقا ، وعن عبد الله بن عمر قال مادامت في مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا ، ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول ، فأما الخبر فان النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي وخلافنا في المطلق ، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان مالم يقيده بقيد بخلاف مسئلتنا

(فصل) وقوله في وقتها أي عقيب كلامه ما لم يخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فان تفرقا عن ذلك الكلام الى كلام غيره بطل خيارها ، قال أحمد إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار مادامو في ذلك الكلام فان طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه إنه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور ، وقال أحمد أيضا الخيار على مخاطبة الكلام ان تجاوبه ويجاوبها إنما هو جواب كلام ان أجابته من ساعته والا فلا شيء ، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فان قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله في أن لزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا أنه يملك الرجوع فيبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وان كان أحدهما قائما أو مشى بطل الخيار وان قعد لم يبطل ، والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون اعراضا والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لان ذلك لا يبطل الفكرة ، وان تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار وان كانت في صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وان أضافت اليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وان أكلت شيئا يسيرا

(فصل) فان ادعى أنه لم ينو فالمنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية . قال في رواية الحارث اذا قال لم أنوه صدق في ذلك اذا لم تكن سألته الطلاق وان كان بينهما غضب قبل ذلك ففرق بين كونه جواباً للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لان الجواب ينصرف الى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقراراً به ولم يقبل تفسيره بغير الاقرار ، ولو قال زوجتك ابنتي أو بعتك ثوبي هذا قال قبلت كفى هذا ولم يحتج الى زيادة عليه ، ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لانه لو أراده بالصريح لم يقع فالكناية أولى ، واذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ ظاهر كلام أحمد في رواية الحارث انه يصدق وان كان في حال الغضب ولا يصدق ان كان جوابا لسؤال الطلاق .

ونقل عنه في موضع آخر أنه قال : أنت خلية أو برية أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة الا في الاربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد باسناده أن رجلا خطب الى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثا فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل انك طلقت ثلاثا؟ قال ألم تعلموا

أو قالت بسم الله أو سبحت شيئا يسيراً لم يبطل لان ذلك ليس باعراض، وان قالت ادعوا لي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها ، وان كانت راكبة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

(فصل) فان جعل لها الخيار متى شاءت أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة واذا قال اختاري اذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لان هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات وان قال اختاري اليوم وغدا وبعد غد فلها ذلك ، فان ردت الخيار في الاول بطل كله وكذلك ان قال لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فان النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير ، وان قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غدا فردته في اليوم الاول لم يبطل في الثاني ، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الاولى أيضا لانهما خياران في زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياسا على المسئلة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فاذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط وخيار المعتقة ولا نسلم أنهما خياران وانما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما اذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فانهما خياران لان كل واحد ثبت بسبب مفرد، ولو خيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار

ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لان الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا

أني تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة ثم طلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته ولانه أمر تعتبر نيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله ، كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة)

هذا ظاهر المذهب لما ذكرنا من اجماع الصحابة وعنه يقع مانواه وهو مذهب الشافعي كالكنايات الخفية ولحديث ركانة ، وعنه يقع واحدة بائنة وهي رواية حنبل لما ذكرنا من قبل ويقع بالخفية مانواه لانه محتمل وهو قول الشافعي إلا إذا قال أنت واحدة فانه لا يقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً لانها لا تحتمل غير الواحدة ذكره شيخنا .

(فصل) والطلاق الواقع بالكنايات رجعي مالم يقع به الثلاث في ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة لانها تقتضي البينونة فيقع كقوله أنت طالق ثلاثاً

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح

كله كالحكم في التخيير لانه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم و بعد الغد فردت في اليوم الاول لم يبطل بعد في غد لانهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما اذا كان الزمان متصلا واللفظ واحدا فانه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه وان قال لك الخيار يوما أو امرك بيدك يوما فابتداؤه من حين نطق به الى مثله من الغد لانه لا يمكن استكمال يوم بتمامه لا بذلك وان قال شهراً فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوما الى مثل تلك الساعة وان قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس لها أن تختار أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك)

وجملة الامر ان لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال ابو حنيفة هي واحدة بائن وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون الا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث الا ان تكون بعوض

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا يجوز ان تكون بائنا لانها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول

الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم أنها تقتضي البينونة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لان المدخول بها لا تبين إلا بعوض أو ثلاث .

﴿ مسئلة ﴾ (وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة وقومي وأطعميني واسقيني وغفر الله لك وما أحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وان نوى)

لان اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وهذا مذهب أبي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا ، وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع كقوله ذوقي أو تجرعي

ولنا أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لاضرر فيه كنحو قوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون) وقال (فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله أطعميني وفارق ذوقي وتجرعي فانه يستعمل في المكاره لقول الله سبحانه (ذق إنك أنت العزيز الكريم - وذوقوا عذاب الحريق -

فأشبه مالو طلقها واحدة ويخالف قوله امرك بيدك فانه عموم فانه اسم جنس فيتناول جميع امرها لكن ان جعل اليها أكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول اختاري ماشئت أو اختاري الطلقات الثلاث ان شئت فلها ان تختار ذلك فان قال اختاري من الثلاث ماشئت فلها ان تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها لان من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو ان ينوي بقوله اختاري عدداً فانه يرجع الى مانواه لان قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدر مايقع بها الى نيته كسائر الكنايات الخفية فان نوى ثلاثا او اثنتين أو واحدة فهو على مانوى وان اطلق النية فهي واحدة وان نوى ثلاثا فطلقت أقل منها وقع ماطلقته لانه يعتبر قولهما جميعا فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين اذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا

(فصل) وان خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الامر لم يقع شيء نص عليه احمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة رجعية وروي ذلك عن علي ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال فان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة.ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته وكقوله انكحي من شئت

ولنا قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقا وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير ازواجه

وذوقوا مس سقر) وكذلك التجرع ، قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح أن يلحق بها ما ليس مثلها .

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك قوله أنا طالق لان الزوج ليس محلا للطلاق ، وإن قال: أنا منك طالق لم تطلق زوجته) نص عليه في رواية الاثرم في رجل جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق وهو قول ابن عباس والثوري وأبي سعيد وأصحاب الرأي وابن المنذر . وروي ذلك عن عثمان رضي الله عنه ويحتمل أنه كناية يطلق به اذا نوى وبه قال مالك والشافعي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والقاسم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق من غير نية .

ولنا أنه محل لا يقع الطلاق اذا أضافه اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كالاجنبي ولانه لوقال أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولوكان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم تقع ازالة الملك بالاضافة إلى المالك كالعتق ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة وجاء رجل الى ابن عباس فقال ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثاً فقال ابن عباس خطأ الله نواها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثرم واحتج به أحمد

بدأ بي فقال « اني لمخبرك خبراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك - ثم قال - ان الله تعالى قال (ياأيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - أن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما) فقالت في أي هذا استأمر أبوي؟ فاني اريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل ازواج النبي ﷺ مثل مافعلت متفق عليهما قال مسروق ما ابالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفا بعد ان تختارني ولانها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد ، فأما ان قالت اخترت نفسي فيفتقر الى نيتها لانه لفظ كناية منها فان نوى احدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو فما فوض اليها الطلاق فلا يصح ان يوقعه وان نوى ولم تنوهي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق وان نويا جميعا وقع مانوياه من العدد ان اتفقا فيه ، وان نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لان ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع

(فصل) وان قال أمرك بيدك أو اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء لان أمرك بيدك توكيل فقولها في جوابه : قبلت . ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شيء كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت وقوله اختاري في معناه ، وكذلك ان قالت أخذت أمري نص عليها أحمد في رواية ابراهيم بن هاني. إذا قال لامرأته امرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين ، وقال اذا قالت أخذت أمري ليس بشيء ، قال وإذا قال لامرأته اختاري فقالت قبلت نفسي أو قالت اخترت نفسي كان أبين . قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال لزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق مالم تذكر نفسها مالم يكن في كلام الزوج أو جوابها مايصرف الكلام

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أو لا ؟ على وجهين)

اذا قال أنا منك بائن أو بريء فقد توقف أحمد عنها وقال أبو عبد الله بن حامد يتخرج على وجهين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه ، فلم يقع باضافة كنايته اليه كالاجنبي . (والثاني) يقع لان لفظ البينونة والبراءة والتحريم يوصف به كل واحد من الزوجين يقال بان منها وبانت منه ، وحرم عليها وحرمت عليه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما ، قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (ما يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقته المرأة وفارقها ، ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا . فان قال : أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن ولم تقل مني ، أنه لا يقع ، وجهاً واحداً، وان قالت أنا بائن ونوت وقع، وان قالت أنت مني بائن فعلى وجهين فيخرج ههنا مثل ذلك.

﴿ مسألة ﴾ (وان قالت أنت علي كظهر أمي ، تنوي به الطلاق لم يقع وكان ظهاراً)

لانه صريح فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولان الظهار يشبه بمن

اليه لان ذلك في حكم التفسير فاذا عرى عن ذلك لم يصح ، وان قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أورددت عليك سفهتك بطل الخيار ، وان قالت اخترت أهلي أو أبوي ونوت وقع الطلاق لان هذا يصلح كناية من الزوج فيما اذا قال الحقي بأهلك فكذلك منها ، وان قالت اخترت الازواج فكذلك لانهم لا يحلون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله : انكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان انما يردد عليها ليفهمها وليس نيته ثلاثا فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث ، فرد الامر الى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاثا لانه كرر ما يقع به الطلاق فتكرر كما لو كرر الطلاق

ولنا انه يحتمل التأكيد فاذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد مايدل على انها واحدة يملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرير التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع ، وروي عن أحمد اذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة إلا أن يقول اختاري اختاري اختاري وهذا يدل على انها تطلق ثلاثا ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لان اللفظة الواحدة تقتضي طلقة فاذا تكررت اقتضت ثلاثا كلفظة الطلاق

(فصل) فان قال لزوجته طلقي نفسك ونوى عدداً فهو على مانوى وان أطلق من غير نية لم

هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصح الكناية باحدهما عن الآخر ولو صرح به وقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقاً لانه لا تصلح الكناية به عنه

﴿مسألة﴾ (وان قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات (احداهن) أنه ظهار وان نوى الطلاق اختاره الخرقي (والثانية) كناية ظاهرة (والثالثة) هو يمين)

اذا قال ذلك أو أطلق فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه ، وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يميناً وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود وقال سعيد ثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك ان أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام إنه يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لان الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك ؟) ثم قال (قدفرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولانه تحريم للحلال أشبه تحريم الامة ووجه الاول أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما ان نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه ذكره الخرقي وممن قال إنه ظهار عثمان بن

يملك الا واحدة لان الامر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ماذكرناه . قال أحمد إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وان كان نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه مااحتمله وان لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل.وقال القاضي إذا قال لها طلقي نفسك تقيد بالمجلس لانه تفويض الطلاق اليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري

ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك . وفارق اختاري فانه تخيير،وماذكروه ينتقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية وقال بعض أصحاب الشافعي ليس لها أن توقعه بالكناية لانه فوضه اليها بلفظ الصريح فلا يصح أن توقع غير ما فوض اليها

ولنا أنه فوض اليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فان التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته كما لو قال لوكيله بع داري جاز له بيعها بلفظ التمليك وان قال لها طلقي ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لانها لم تمتثل أمره .

ولنا أنها ملكت إيقاع ثلاث فملكت إيقاع واحدة كالموكل ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا وان قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثا ، وقعت واحدة

عثمان وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي وروى الأثرم باسناده عن بن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً ولانه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وان نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه اذا نوى به الطلاق اخاف أن يكون ثلاثاً ولا افتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكانه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق اذا نواه ، ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وروي ذلك عن ابن مسعود وممن روي عنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لان الطلاق نوع تحريم فصح ان يكنى به عنه كقوله انت بائن فان لم ينو به الطلاق لم يكن طلاقاً بحال لانه ليس بصريح في الطلاق فان لم ينوه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على اصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية اذا قلنا ان الرجعية محرمة لان اقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل علي اليقين وقد روي

نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لانها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه

ولنا أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فان قال طلقي نفسك فقالت أنا طالق ان قدم زيد لم يصح لان اذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها في ما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه ابو الحارث اذا قال طلقي نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسي ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لان التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة سيما وطلاق السنة في الصحيح طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وانه يبطل بالوطء ، قال أحمد اذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لانه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التمليك بعوض لا يلزم مالم يتصل به القبول كالبيع

(فصل) اذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لانه أعلم بنيته ولا سبيل الى معرفته الا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معهما دلالة حال وان قال لم تنو الطلاق باختيار نفسك وقالت بل نويت فالقول قولها لما ذكرناه وان قالت

عن احمد ما يدل عليه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقا فهي واحدة وروي هذا عن عمر ابن الخطاب والزهري وقد روي عن مسروق وابي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار لانه منكر من القول وزور ، وقد اوجب الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبه قوله انت بائن وانت طالق وروي عن احمد انه اذا نوى اليمين كان يميناً وهذا مذهب ابن مسعود وقول ابي حنيفة والشافعي وممن روي عنه: عليه كفارة يمين ابو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس يقول اذا حرم الرجل عليه امراته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة)ولان الله قال (ياايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك والله غفور رحيم ؟ * قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) فجعل الحرام يمينا ومعنى قوله نوى يميناً والله اعلم انه نوى بقوله انت علي حرام ترك وطئها واجتنابها واقام ذلك مقام والله لاوطأتك

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما احل الله علي حرام اعني به الطلاق فقال احمد تطلق امراته ثلاثاً وان قال اعني به طلاقاً طلقت واحدة)

قد اخترت نفسي وأنكر وجود الاختيار منها فالقول قوله لانه منكر له وهو مما يمكنه علمه ويمكنها اقامة البينة عليه فاشبه مالو علق طلاقها على دخول الدار فادعته فأنكره

(فصل) اذا قال لزوجته أنت علي حرام وأطلق فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين ، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم ، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبدالله عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد مايدل على ذلك لان الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك) ثم قال (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولانه تحريم الحلال أشبه تحريم الأمة

ولنا أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما ان نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه وذكره الخرقي في موضع غير هذا وممن قال انه ظهار عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي روي الاثرم باسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكينا ولانه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وان نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه اذا نوى الطلاق كان طلاقا قال اذا قال ما أحل الله علي حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثا ولا أفتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكأنه جعله من

رواه الجماعة عن أحمد فروى أبو عبدالله النيسابوري أنه قال إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ووجهه أنه صريح في الظهار فلم يصر طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت علي كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لانه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحا في الظهار وإنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع الى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فاذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه اليه وفارق قوله أنت علي كظهر أمي فانه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسئلتنا ثم ان قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لانه أتى بالألف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن لان الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر اسماء الاجناس وإن قال أعني به طلاقاً فهي واحدة لانه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه

كنايات الطلاق يقع به الطلاق اذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل ، واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وروي ذلك عن ابن مسعود وممن روي عنه أنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وابو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لان الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فاما ان لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقا بحال لأنه ليس بصريح في الطلاق فاذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات ، وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على مامضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية اذا قلنا ان الرجعة محرمة لان أقل مايحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين ، وقد روي عن احمد مايدل عليه فانه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقا فهي واحدة وروي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والزهري وقد روي عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار فانه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبه قوله انت بائن أوانت طالق وروي عن أحمد انه اذانوى اليمين كان يمينا فانه قال في رواية مهنا انه اذا قال انت علي حرام ونوى يمينا ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وانما الايلاء ان يحلف بالله ان لا يقرب امرأته فظاهر هذا انه اذا نوى اليمين كانت يمينا وهذا مذهب بن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي وممن روي عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد بن المسيب

أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أو اثنتان إذا لم يكن فيه الألف واللام وعنه أنه ظهار فيهما وقد ذكراه وذكرنا دليله

(مسألة) (وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقع مانواه من الطلاق والظهار واليمين وإن لم ينو شيئا فهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين)

أما إذا نوى الطلاق كان طلاقاً لانه يصلح أن يكون كناية فيه فاذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع مانواه من عدد الطلاق فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لانه من الكنايات الخفية وهذا حكمها وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة أو كظهر أبي وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً لانه ليس بصريح في الطلاق ولو نواه به وهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين (أحدهما) يكون ظهاراً لان معناه أنت حرام علي كالميتة والدم فان تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الامر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم الميتة والدم) والثاني يكون يميناً لان الاصل براءة الذمة فاذا أتى بلفظ محتمل

والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتفق عليها عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس يقول اذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة) ولان الله تعالى قال (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ تبتغي مرضاة ازواجك والله غفور رحيم * قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) فجعل الحرام يمينا ومعنى قوله نوى يمينا والله أعلم أنه نوى بقوله أنت علي حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتك

(فصل)وان قال انت علي حرام اعني به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري انه قال اذا قال أنت علي حرام اريد به الطلاق كنت أقول انها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله انه طلاق، ووجهه أنه صريح في الظهار فلم يصر طلاقاً بقوله اريد به الطلاق كما لو قال انت علي كظهر امي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على انه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لانه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظهار انما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع الى تحريم بالظهار والى تحريم بالطلاق فاذا بين بلفظه ارادة تحريم الطلاق وجب صرفه اليه ، وفارق قوله انت علي كظهر امي فانه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع الا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسئلتنا ثم ان قال أعني به الطلاق او نوى به ثلاثا فهي ثلاث نص عليه أحمد لانه أتى بالالف

ثبت فيه أقل الحكمين لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزول عن الاصل إلا بيقين وعند الشافعي هو كقوله أنت حرام سواء

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى وان قال حلفت بالطلاق أو علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم)

ذكره القاضي وأبو الخطاب لانه يحتمل ما قاله ويلزمه في الحكم لانه خلاف ما أقر به وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لان قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذباً فيه لم يصر حالفاً كما لو قال حلفت بالله وكان كاذباً واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكى في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال إذا قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحدة وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه اذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه وكذلك قال يرجع الى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في

واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله واذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال انت بائن وعنه لا يكون ثلاثا حتى ينويها سواء كانت فيه الالف واللام أو لم تكن لأن الالف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر اسماء الاجناس، وان قال اعني به طلاقا فهو واحدة لانه ذكره منكراً فيكون طلاقا واحداً نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل اذا قال اعني طلاقا فهي واحدة أو اثنتان اذا لم تكن فيه الف ولام

(فصل) فان قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا لانه صريح في الظهار فلم يصلح كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولان الظهار تشبيه بمن هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريما غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر، ولو صرح به فقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقا لانه لا يصلح الكناية به عنه

(فصل) وإن قال أنت علي كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقا لانه يصلح أن يكون كناية فيه فاذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع به من عدد الطلاق ما نواه فان لم ينو شيئا وقعت واحدة لانه من الكنايات الخفية وهذا حكمها، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام، واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة او كظهر أمي، وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها

كتاب الايمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هل يقع به ؟ على روايتين (احداهما) لا يلزمه شيء لانه لم يحلف واليمين انما تكون بالحلف (والثانية) يلزمه ما أقر به اختاره أبو بكر لانه إذا اقر ثم قال كذبت كان جحوداً بعد الاقرار فلا يقبل كما لو أقر بدين ثم أنكر ويرجع الى نيته لانه أعلم بحاله

(فصل) والقول قوله في قدر ما حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لانه أعلم بحاله ويمكن حمل كلام أحمد على هذا وهو أن يكون قوله ليس عليه يمين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله يلزمه الطلاق أي في الحكم لانه يتعلق بحق إنسان معين فلم يقبل في الحكم وفيما بينه وبين الله سبحانه اذا علم أنه لم يحلف فلا شيء عليه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا قال لامرأته أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثاً وان نوى واحدة وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (احدها) أنه اذا قال لامرأته أمرك بيدك كان لها ان تطلق ثلاثاً وان نوى أقل منها هذا ظاهر المذهب لانها من الكنايات الظاهرة وقد مضى الكلام فيها روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي أيضاً وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري قالوا اذا طلقت ثلاثاً فقال لم أجعل اليها الا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت وعن عمر وابن مسعود أنها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي وقال الشافعي ان نوى ثلاثاً فلها ان تطلق ثلاثاً وان نوى غير ذلك

فهو يمين ، وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يمينا على وجهين

(أحدهما) يكون ظهاراً لان معناه أنت حرام علي كالميتة والدم فان تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الامر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم الميتة والدم)

(والثاني) يكون يمينا لان الاصل براءة الذمة فاذا أتى بلفظ محتمل ثبت به أقل الحكمين لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزول عن الاصل الا بيقين، وعند الشافعي هو كقوله أنت علي حرام سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)

وجملة ذلك أن مايتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

(أحدها) مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان (أحدهما) مايرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو أنت طالق طلقة لاتلزمك أو لاتقع عليك فهذا لايصح بلفظه ولا بنيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق واذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته قال القاضي ونقل عبدالله عن أحمد مايدل على أنه اذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا انه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه بخلاف مقتضى اللفظ لا يدين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً (الفصل الثاني) أنه لا يتقيد بالمجلس ويكون في يدها ما لم يفسخ أو يطأ وان جعل أمرها في يد غيرها فكذلك في الفصل الاول والثاني ووافق الشافعي في انه اذا جعله في يد غيرها أنه لا يتقيد بالمجلس لانه وكيل، واذا قال له جعلت امر امرأتي في يدك او جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي اوطلق امرأتي فالجميع سواء في انه لا يتقيد بالمجلس وقال اصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لانه نوع تخيير أشبه مالو قال اختاري

ولنا انه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع. اذا ثبت هذا فان له ان يطلق ما لم يفسخ أو يطأ وله ان يطلق ثلاثا وواحدة كالمرأة فان فسخ الوكالة بطلت كسائر الوكالات وكذلك ان وطئها لانه يدل على الفسخ أشبه مالو فسخ بالقول

﴿ مسألة ﴾ (وان قال اختاري نفسك لم يكن لها ان تطلق أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك وليس لها ان تطلق الا مادامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه)

(الضرب الثاني) مايقبل لفظا ولا يقبل نية لافي الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الاقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا ويستثني بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لايصح لان العدد نص فيما تناوله لايحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فان اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا اللفظ في غير مايصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته

وحكي عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة، والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لايجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فاذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالا يحتمله وانما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا فانا لو عملنا به فيما لايحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لاتعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائي الأربع طوالق أو قال لهن أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ماذكرناه ولا يدين فيه لانه عني باللفظ مالا يحتمل

(الضرب الثالث) مايصح نطقا واذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص

وجملة ذلك أن لفظ التخيير لا يقتضي بمطلقه اكثر من طلقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبدالله بن عمرو وقال ابو حنيفة هي واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه ولايكون الا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لا تبين الا بالثلاث الا ان تكون بعوض

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا تكون بائنا لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فاشبه مالو طلقها واحدة ولا تكون بائنا لانها طلقة، ويخالف قوله أمرك بيدك فانه للعموم لانه اسم جنس مضاف فيتناول جميع أمرها لـكن ان جعل لها اكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بلفظه بان يقول اختاري ما شئت او اختاري الطلقات ان شئت فلها ان تختار ذلك او جعله بنيته وهو ان ينوي بقوله اختاري عدداً فانه يرجع إلى ما نواه لان قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدرها الى نيته كسائر الكنايات الخفية ، فان نوى ثلاثا او اثنتين او واحدة فهو على ما نوى وان أطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثا فطلقت اقل منها وقع ما طلقته لانه يعتبر قولهما جميعاً كالوكيلين اذا طلق احدهما واحدة والآخر

اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل اذا كان لفظا وجها واحدا لانه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته، قبل فيما بينه وبين الله تعالى لانه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفا إلى ما أراده دون مالم يرده ، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين (إحداهما) يقبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية إفهامها (والثانية) لايقبل لانه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن،فاما ان كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاق لزمه الطلاق لانه مقتضى اللفظ والنية الاخيرة نية مجردة لالفظ معها فلا تعمل . ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح اذا كان نطقا بغير خلاف ، وان نواه ولم يلفظ به دين،وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين قال في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن حلف لاتدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال : اذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته

ثلاثا وليس لها ان تطلق الامادامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه هذا قول اكثر اهل العلم ان التخيير على الفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي،وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك في رواية انه على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ او يطأ ، واحتج ابن المنذر بقول النبي ﷺ « لعائشة أني ذاكر لك امراً فلا عليك ان لاتعجلي حتى تستأمري ابويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ولانه جعل امرها اليها اشبه مالو قال امرك بيدك

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة فروى النجاد باسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال قضى عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا وعن عبدالله بن عمر قال مادامت في مجلسها ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعاً ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول،وأما الخبر فان النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي ، فأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لها ان تطلق إلا ماداما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه)

(والرواية الاخرى) لاتقبل فانه قال اذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في نفسه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته، وقال اذا قال أنت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لا يصدق، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما خلاف. والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن ارادة الخاص بالعام شائع كثير، وارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص

(فصل) واذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لان لفظه عام، وان قالت له طلق نساءك فقال نسائي طوالق فكذلك، وحكي عن مالك أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها ولنا أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فان أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين وقبل في الحكم في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه

وذلك ان لايخرجا من الكلام الى غير ذكر الطلاق فان تفرقا عن ذلك الكلام الى كلام غيره بطل خيارها قال أحمد اذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ماداموا في ذلك الكلام فان طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه انه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور وقال أحمد الخيار على مخاطبة الكلام وأن تجاربه ويجاربها انما هو جواب كلام ان أجابته من ساعته وإلا فلا شيء، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فان قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها، وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه على أصله بان الزوج لا يملك الرجوع، وعندنا ان الزوج يملك الرجوع فيبطل بقيامه كما يبطل بقيامها، وان كان أحدهما قائماً فركب أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل لان القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون اعراضاً والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لان ذلك لا يبطل الفكرة، وإن تشاغلت بالصلاة بطل الخيار وان كانت في صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وان أضافت اليها ركعتين أخريين بطل خيارها وإن أكلت شيئا أو قالت بسم الله أو سبحت شيئاً يسيرا لم يبطل لان ذلك ليس باعراض وان قالت ادعوا لي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل وإن كانت راكبة فسارت لم يبطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ (فان جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها هذا المذهب)

جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص، وقال القاضي يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

(فصل) فان قال أنت طالق إن دخلت الدار. ثم قال انما أردت الطلاق في الحال لكن سبق لساني إلى الشرط طلقت في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لو قال قد طلقتها فان قال بعد ذلك كذبت وانما أردت طلاقها عند الشرط دين في ذلك ولم يقبل في الحكم لأنه رجوع عما أقر به

(فصل) وقول الخرقي: واستثنى شيئا بقلبه يدل بمفهومه على انه اذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه، والاستثناء يرفعه لو صح، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات، وليس الاستثناء رفعا لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الاعتاق ولا في الاقرار ولا

إذا جعل لها الخيار اليوم كله أو أكثر من ذلك أو متى شاءت فلها الخيار في تلك المدة وان قال اختاري إذا شئت أو متى شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات فان ردت ذلك أو جعل أمرها بيدها فردته بطل خيارها لانها انما ملكته بالوكالة فهي كالوكيل إذا رد الوكالة وان رجع فيما ملكها بطل أيضاً كما إذا رجع الموكل فيما وكل فيه، وان وطئها فهو رجوع أيضاً لأنه يدل على الرجوع أشبه ما لو رجع بالقول، ويحتمل ان لا تنفسخ الوكالة كما لو وكله في بيع دار وسكنها ذكره ابن أبي موسى وان قال اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك فان ردت الخيار في الاول بطل كله، وان قال لها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فان النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على ان خيارها لا يبطل بالتأخير، وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الاول لم يبطل في الثاني، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الاولى أيضاً لانهما خياران في وقتين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسئلة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فاذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط، ولا نسلم أنهما خياران وانما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما إذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فانهما خياران لان كل واحد ثبت بسبب مفرد

(فصل) ولو خيرها شهراً فاختارت ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار

الاخبار وانما هو مبين ان المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين) عاما عبارة عن تسعمائة وخمسين ، وقوله (انني براء مما تعبدون ＊ إلا الذي فطرني) تبرؤ من غير الله فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن اثنتين لاغير وحرف الاستثناء الذي تولى عليه الا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالاسماء غير وسوى و لافعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد فلو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وقع ثلاث والاكثرون على أن ذلك جائز وقد ذكرناه في الاقرار وذكرنا أن أهل العربية انما أجازوه في القليل من الكثير وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وقع اثنتان وان قال الا اثنتين وقع ثلاث وان قال طلقتين الا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) يقع طلقة(والثاني) طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أو لا ؟ على وجهين . وان قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه . وان قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثا وقع ثلاث لان الاستثناء ان عاد إلى الخمس فقد استثنى الاكثر وان عاد الى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح، وان قال خمسا الا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) يقع ثلاث لان الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعا (والثاني)

ولنا أنها استوفت ماجعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ، ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل لان الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع، والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير لانه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الاول لم يبطل في بعد غد لانهما خياران ينفصل أحدهما عن صاحبه فلا يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحد فانه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه، وإن قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتداؤه من حين نطق به الى مثله من الغد لانه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوماً الى مثل تلك الساعة وان قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على مابقى من اليوم والشهر والسنة، وخرج أبو الخطاب في كل مسئلة وجها مثل حكم الاخرى أي خرج في قوله أمرك بيدك وجها أنها لا تطلق أكثر من واحدة وأنها تتقيد بالمجلس بشرط ان لا يتشاغلا بما يقطع كلامهما، وفي قوله اختاري نفسك أنه لا يتقيد بالمجلس وان لها ان تطلق أكثر من واحدة عند الاطلاق قياساً لكل واحدة منهما على الاخرى

(فصل) فان خيرها فاختارت زوجها او ردت الخيار او الامر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول عمر ابن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة

يقع اثنتان ذكره القاضي لان الاستثناء يرجع الى ماملكه من الطلقات وهي الثلاث وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان

وان قال أنت طالق أربعا الا اثنتين فعلى الوجه الاول يصح الاستثناء ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الاكثر

(فصل) فان قال أنت طالق اثنتين وواحدة الا واحدة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الاستثناء لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولان إلغاءه وحده أولى من الغائه مع الغاء غيره ولان الاستثناء يعود الى الجملة الاخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء الجميع (والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا لواحدة من ثلاث ولذلك لو قال له علي مائة وعشرون درهما الا خمسين صح والاول أصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي

وان قال أنت طالق واحدة واثنتين الا واحدة فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف وان قال أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصفا الا طلقة فالحكم في ذلك كالحكم في المسئلة الاولى سواء وان كان العطف بغير

رجعية وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال ان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجرده كسائر كناياته كقوله أنكحي من شئت

ولنا قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقاً وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني لمخبرك خبراً فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك ثم قال ان الله تعالى قال (ياأيها النبي قل لازواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها — حتى بلغ — ان الله اعد للمحسنات منكن أجراً عظيما) فقلت في أي هذا أستأمر أبوي ؟ فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت متفق عليهما قال مسروق ما أبالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو الفاً بعد ان تختارني ولانها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد وقولهم ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته قلنا انما أراد بذلك تفويض الطلاق الى زوجته لا إيقاع الطلاق وصار ذلك كقوله طلقي نفسك فانه لا يقع بذلك طلاق والكناية مع النية لا ترد على الصريح فأما ان نوى بقوله اختاري نفسك ايقاع الطلاق وقع كسائر الكنايات

واو كقوله أنت طالق فطالق فطالق أوطالق ثم طالق ثم طالق الا طلقة لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الاخيرة مفردة مما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح ، وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين لم يصح الاستثناء لانه ان عاد الى الجملة التي تليه فهو رفع لجميعها وان عاد إلى الثلاث التي بعدها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعاً إلا اثنتين وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه ان عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وان عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان [أحدهما] يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا ثلاثا من ثلاث وهذا وجه لاصحاب الشافعي وقول أبي حنيفة (والثاني) يصح الاستثناء في طلقة لان استثناء الاقل جائز وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء اثنتين ويلغو في الثالثة بناء على أصلهم في أن استثناء الاكثر جائز وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي وان قال أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ففيه الوجهان وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضا [أحدهما] يلغو الاستثناء لان النصف يكمل فيكون مستثنيا للاكثر فيلغو (والثاني)

(مسئلة) (ولفظة الامر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر الى نيته)

فلفظة الامر من الكنايات الظاهرة والخيار من الخفية وكلاهما يحتاج الى النية لما ذكرنا في الكناية الظاهرة قوله إنها تحتاج الى نية وهو قول مالك وقد ذكرناه فان قبلته بلفظ الكناية فقالت اخترت نفسي افتقر الى نيتها أيضاً كالزوج وان قالت طلقت نفسي وقع من غير نية لانه صريح فلم يحتج الى نية كقوله أنت طالق فان نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو فما فوض اليها الطلاق فلا يصح ان يوقعه وان نوى ولم تنو هي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق وان نويا جميعاً وقع ما نواه من العدد وان نوى احدهما أقل من الآخر وقع الاقل لان ما زاد انفرد به احدهما فلم يقع

(مسئلة) (فان اختلفا في نيتها فقال لم تنو الطلاق باختيارك نفسك فقالت قد نويت فالقول قولها)

لانها أعلم بنيتها ولا نعلم ذلك الا من جهتها وان اختلفا في رجوعه فالقول قوله لانهما اختلفا فيما يختص فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في نيته

(فصل) وإن قال امرك بيدك او قال اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت واختاري في معناه ونحوه ان قالت أخذت أمري نص عليهما أحمد في رواية ابراهيم بن هانيء اذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى يبين وقال اذا قالت اخذت

يصح في طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها فان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الاول ويلغو الثاني، لانا لو صححناه لكان مستثنيا للاكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الاكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طلقتان، ويحتمل أن يقع به الثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتا فيقبل ذلك في ايقاع طلاقه، وان لم يقبل في نفيه كما لو قال أنت طالق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث، ولو قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف في الاثبات ولم يكمل في النفي .

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء ولا يصح منه في الطلاق الا مسئلة واحدة على اختلاف فيها وهي قوله أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة، فانه يصح اذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان فان قيل فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهي أكثرها؟ قلنا لانه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين لم يصح لان استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح لانها أكثرها، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لانها جميعها وان قال ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث لانه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقي

امري ليس بشيء قال واذا قال لامرأته اختاري فاختارت فقالت قبلت نفسي واخترت نفسي كان ابين قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق مالم يذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أوجوابها مايصرف الكلام اليه لان ذلك في حكم التفسير فاذا عري عن ذلك لم يصح وان قالت اخترت زوجي واخترت البقاء على النكاح او رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار وان قالت اخترت نفسي او أنوي ونوت وقع الطلاق ولان هذا يصلح ان يكون كناية من الزوج فيما إذا قال الحقي باهلك فكذلك منها وان قالت اخترت الازواج فكذلك لانهم لا يحلون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله أنكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار ثلاث مرات فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان مايردد عليها ليفهمها وليست نيته ثلاثاً فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثاً فهي ثلاث فرد الامر الى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاث لانه كرر ما يقع به الطلاق فيكرر كما لو كرر الطلاق

ولنا أنه يحتمل التأكيد فاذا قصده قبلت نيته كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على انها واحدة تملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرر

الطلقتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الاولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر أنه يصح لان الاستثناء الاول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله الا واحدة الى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان والاول أولى لان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فاذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتا لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لانه يكون اثباتا من اثبات ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك الا متصلا بالكلام وقد ذكر في الاقرار والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط)

وجملة ذلك أنه اذا قال أنت طالق في شهر عينه كشهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الاولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رمضان لان ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع الا بعد زوال الاحتمال .

ولنا أنه جعل الشهر ظرفا للطلاق فاذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فاذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما ان قال ان لم أقضك حقك في شهر رمضان

التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع وروي عن احمد رحمه الله اذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة الا ان يقول اختاري اختاري وهذا يدل على انها تطلق ثلاثاً ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لان لفظة الواحدة إذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لانه توكيل والتوكيل لا يبطل بدخول العوض فيه وكذلك التحليل بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول

﴿مسئلة﴾ (وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع)

ويحتمل أن لا يقع لانه فوضه اليها بلفظ الصريح فلا يصح أن يوقع ما فوضه اليها ، ووجه الاول أنه فوض اليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح ولا يصح ماذكروه ولان التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون ايقاعه بلفظ الامر كما لو وكله فقال بع داري فباع بلفظ التمليك صح وكما لو قال لها اختاري نفسك فقالت طلقت نفسي فانه يقع مع اختلاف اللفظ

﴿مسئلة﴾ (وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة الا أن يجعل اليها أكثر منها)

قال أحمد رحمه الله إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث

قام أني طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لانه اذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لان الظاهر أنه على حنث لان الحنث بترك الفعل وليس بفاعله

ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لا فعلت كذا ولو صح ماذكره لوجب إيقاع الطلاق .

(فصل) ومتى جعل زمناً ظرفا للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه مثل أن يقول أنت طالق اليوم أو غدا أو في سنة كذا أو شهر المحرم لما ذكرنا فان قال في آخره أو أوسطه أو يوم كذا منه أو في النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين وان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو دخول شهر رمضان أو استقبال رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله اردت أوسطه أو آخره لا ظاهراً ولا باطناً لانه لا يحتمله لفظه وان قال بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه وان قال أنت طالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة

وإن نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة ثلاثاً فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو وقع واحدة لأنها اليقين لان النطق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال وهبتك لاهلك فان قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء، وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك)

الرواية الاولى هي المشهورة عن أحمد نص عليها وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك وإسحاق وروي عن علي رضي الله عنه والنخعي إن قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية، وروي عن أحمد مثل ذلك وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها، وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة ومثله قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ثم

ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر فيه الى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً انه لفظ يحتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية انها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ثنتين وقوله انها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما ان نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع الى نيته في عددها كسائر الكنايات ولا بد

يستهل الا أن يكون نوى من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال وان قال أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث

(فصل) واذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأتي الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة ويحيى الانصاري وربيعة ومالك اذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله أنت طالق اذا طلعت الشمس أو دخل رمضان طلقت في الحال لان النكاح لا يكون مؤقتا بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً

ولنا أن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت طالق الى رأس السنة قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولانه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق فانهم سلموه ، وقد احتج احمد بقول أبي ذر إن لي إبلا يرعاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول ، ولانه تعليق الطلاق بصفة لم توجد فلم يقع كما لو قال أنت طالق اذا قدم الحاج وليس هذا توقيتاً للنكاح وانما هو توقيت للطلاق وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق

(فصل) ولو قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع في الحال لان قوله أنت

من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد للكناية من ذلك . قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فان صفة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لاهلها

(فصل) فان باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وان نوى، وبه قال الثوري واسحاق وقال مالك تطلق واحدة وهي املك بنفسها لانه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه ما لو وهبها

ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لانه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد اسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني

(فصول في قول الزوج لامرأته أمرك بيدك)قد ذكرنا أن الزوج اذا قال لامرأته أمرك بيدك أنه في يدها ما لم يفسخ أو يطأ لان الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وان يفوضه الى المرأة ويجعله الى اختيارها لان النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه ومتى جعل أمر امرأته بيدها لم يتقيد بالمجلس روي ذلك عن علي رضي الله ، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر، وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس كقوله اختاري

طالق إيقاع في الحال، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق

ولنا قول ابن عباس وقول أبي ذر ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لايقاعه كقول الرجل أنا خارج الى سنة أي بعد سنة ، واذا احتمل الامرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ماذكرناه من وجهين :

(أحدهما) أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره وانما الغاية لأوله

(والثاني) أن ماذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك فان قال أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله ، وإن قال أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لان من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فان قال أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها ، وإن قال أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا اذا كانت مدخولا بها ، قال أحمد اذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها

(فصل) اذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله ، وإن قال في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه لانه آخره ، وقال ابو بكر في الاولى تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لان الشهر نصفان

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تنكل ولانه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لاجنبي فان رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي واسحاق وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لانه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو وكل في ذلك أجنبياً ولا يصح قولهم تمليكا لان الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وانما ينوب غيره فيه عنه وان سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل ايصال القبول به كالبيع ، وان وطئها الزوج كان رجوعا لانه نوع توكيل والتصرف فيما توكل فيه يبطل الوكالة وان ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة برد الوكيل .

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به ايقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الامر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والاوزاعي والشافعي وقال قتادة ان ردت فواحدة رجعية

ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما

أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فان ماعدا اليوم الاول لايسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لايسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه

(فصل) واذا قال اذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة فان ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالاهلة لقوله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فان حلف في أول الشهر فاذا مضي اثنا عشر شهراً وقع طلاقه، وإن حلف في أثناء شهر عددت مابقي منه ثم حسبت بعد بالاهلة فاذا مضت أحد عشر شهراً نظرت مابقي من الشهر الاول فكلته ثلاثين يوما لان الشهر اسم لما بين هلالين فان تفرق كان ثلاثين يوما، وفيه وجه آخر أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه احمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام؟ قال يصوم ستين يوما وإن ابتدأ من شهر فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه وذلك انه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الاول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالاهلة فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزم أن يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور، وإن قال أردت بقولي سنة اذا انسلخ ذو الحجة قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال اذا مضت السنة فأنت طالق طلقت

أن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج الى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك

(مسئلة) (فان قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية)

روي ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وروي عن علي أنها واحدة بائنة وبه قال ابو حنيفة واصحابه لان تمليكه اياها امرها يقتضي زوال سلطانه عنها فاذا قبلت ذلك الاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت انها ثلاث، وبه قال الحسن ومالك والليث الا أن مالكا قال: اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا اراد واحدة أو اثنتين وحجتهم ان ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك الا بثلاث وفي قول مالك ان غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفي بها

ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكنايات الخفية وهذا اذا لم تنو الا واحدة فان نوت اكثر منها وقع ما نوت لانها تملك الثلاث بالتصريح فلكتها بالكنايات كالزوج وهكذا ان أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج ان كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث اذا أتت بها وان كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا تدخل علي ونحوها وقع ما نوت. قال احمد اذا قال لها امرك بيدك فقالت لا تدخل علي الا باذن سواء في ذلك ان قالت واحدة فواحدة وان قالت اردت ان اغيظه قبل منها يعني لا يقع شيء، وكذلك ان جعل

بانسلاخ ذي الحجة لأنه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة، فان قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لان السنة اسم لها حقيقة

(فصل) فان قال أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لأنه يملك إيقاعه في كل سنة فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فيقع في الحال طلقة لأنه جعل السنة ظرفا للطلاق فتقع في أول جزء منها، وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة ان دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت، فان انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة، فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن تقع في أولها فمنع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فاذا عادت الزوجية وقع في أولها، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال، وان لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة، وعلى قول القاضي لا تطلق الا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة، واختلف في مبدأ السنة

امرها بيد اجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم ان طلق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة وقعت الثلاث وان كان بكناية خفية وقع ما نواه

﴿ باب ما يختلف به عدد الطلاق ﴾

(يملك الحر ثلاث طلقات وان كان تحته أمة ويملك العبد اثنتين وان كانت تحته حرة)

وجملة ذلك ان الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو امة وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو امة روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال ابن عمر ايهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان وان كان تحته حرة وطلاق الامة اثنتان وان كان زوجها حراً، وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبداً وزوج الامة اثنتين وان كان حراً روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول ابن مسعود وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة لما روت عائشة عن النبي ﷺ انه قال « طلاق الامة تطليقتان » رواه ابو داود وابن ماجه ولان المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالعدة

الثانية فظاهر ماذكره القاضي ان أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه لانه جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال ابو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم لانها السنة المعروفة فاذاعلق مايتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى (أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام) وان قال أردت بالسنة اثني عشراً قبل لانها سنة حقيقة ، وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولايقبل منه في الحكم لانه خلاف الظاهر والاولى أن يخرج على روايتين لانه يحتمل مخالف الظاهر

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لاتطلق إلا أن يراه لانه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه مالو علقه على رؤية زيد

ولنا أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه السلام « اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف الى عرف الشرع كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء، وفارق رؤية زيد فانه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لولم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لانه قد علم طلوعه بتمام العدد ، وان قال أردت اذا رأيته بعيني قبل لانها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فان رأى قبل ذلك لم تطلق لان هلال الشهر ما كان في أوله

ولنا ان الله خاطب الرجال بالطلاق فكان محله معتبراً بهم ولان الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال ابو داود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد اخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقروء الامة حيضتان وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة » وهذا نص ولان الحر يملك ان يتزوج اربعاً فملك طلقات ثلاثاً كما لو كان تحته حرة . ولا خلاف في ان الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحته امة طلاقه اثنتان، وانما الخلاف فيما اذا كان احد الزوجين حراً والآخر رقيقاً قال احمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه واحكامه كلها احكام العبد وهذا صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه يصح عتقه ولا ينكح الا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد ، وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار مكاتب ام سلمة طلق امراة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك

والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لانه عبد فثبت فيه احكام العبد

(فصل) قال احمد في رواية محمد بن الحكم العبد اذا كان نصفه حراً و نصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث تطليقات

ولا نا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لانه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع ، فان قال أردت اذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لانه ليس بهلال واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل اذا استدار وقيل إذا بهر ضوؤه

(فصل) قال احمد اذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها اذا دخل العشر وقبل العشر أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن المثبت عن النبي ﷺ في العشر الاواخر انما أمره باجتنابها في العشر لان النبي ﷺ أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الاواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

(فصل) واذا علق طلاقها على شرط مستقبل ثم قال عجلت لك تلك الطلقة لم تتعجل لانها معلقة بزمن مستقبل فلم يكن له الى تغييرها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق

(فصل) اذا قال أنت طالق غداً اذا قدم زيد لم تطلق حتى يقدم لان اذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد في غد لم تطلق ، وإن قدم بعده لانه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق لان الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل الطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم ،

وكذلك كل ما يجري بالحساب انما جعل له نكاح ثلاث لان عدد المنكوحات يتبعض فوجب ان يتبعض في حقه كالحد فكذلك كان له ان ينكح نصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه لان مقتضى حاله ان يكون له ثلاثة ارباع الطلاق وليس له ثلاثة ارباع فكمل في حقه ولان لاصل اثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق وانما خولف في حق من كل الرق فيه ففيما عداه يبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا قال انت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا)

قال القاضي لا تختلف الرواية عن احمد فيمن قال لامرأته انت الطلاق انه يقع نواه أو لم ينوه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي وجهان (احدهما) انه غير صريح لانه مصدر والاعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً

ولنا ان الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالمتصرف وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر:

نوهت باسمي في العالمين وافنيت عمري عاما فعاما
فانت الطلاق وانت الطلاق وانت الطلاق ثلاثا تماما

قولهم انه مجاز قلنا نعم الا انه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه . اذا ثبت ذلك فانه اذا قال انت الطلاق او الطلاق لي لازم او الطلاق يلزمني او علي الطلاق فهو

وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لان الوقت يسمى يوما قال الله تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره) وإن ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان :

(أحدهما) نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لانه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا اذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطلوع فجره

(والثاني) لايقع الطلاق لان شرطه قدوم زيد ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فان شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والاول أولى وليس هذا شرطا أنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله أنت طالق اليوم الذي تصلي فيه الجمعة ، ولو قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فكذلك، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ، ولو قال أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان

(أحدهما) لاتطلق حتى يقدم زيد لان قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فانها لاتطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال اذا قدم زيد

(والثاني) أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياسا على المسألة التي قبل هذه

بمثابة قوله الطلاق يلزمني لان من يلزمه شيء يضره فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ولعلهم ارادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف واقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع مانواه واحدة أو اثنتين او ثلاثا

﴿ مسألة ﴾ (فان لم ينو شيئا ففيه روايتان)

احداهما يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا وهي اختيار أبي بكر لان الالف واللام للاستغراق فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) انها واحدة لانه يحتمل ان تعود الالف واللام الى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته ولان الالف واللام في أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق وإذا عقل الصبي الطلاق وأشباه هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق، فعند ذلك لا يحمل على التعميم الا بنية صارفة اليه ، قال شيخنا والاشبه في هذا جميعه ان يكون واحدة في حال الاطلاق لان أهل العرف لايعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون ان الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر احدهم ان يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق الا واحدة فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون الا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نووا واحدة

(فصل) فاما ان قال لامرأته انت طالق ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة ، لا نعلم بين أهل العلم

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم وطالق غداً طلقت واحدة لان من طلقت اليوم فهي طالق غداً ، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين في اليومين ، وإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا لانه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً لان النصف يكمل فيصير طلقة تامة ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضا واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لانه اذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لانه ما أوقعه ، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضا في المسئلة الاولى أيضا وهو مذهب الشافعي . ذكر أصحابه فيها الوجهين

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فاختار القاضي ان الطلاق يقع في الحال لانه علقه بشرط محال فالغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة ، وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي

(فصل) اذا قال أنت طالق أمس ولا نية له فظاهر كلام احمد أن الطلاق لا يقع فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وانما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر ، وقال القاضي

فيه خلافا لان اللفظ صريح في الطلاق الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ كما لا يعارض النص القياس ، ولان النية انما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلم يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال اردت واحدا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ونوى ثلاثا ففيه روايتان)

احداهما تطلق ثلاثا وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لان لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات ولانه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد انه يصح تفسيره به فيقول انت طالق ثلاثا ولان قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير

(والرواية الثانية) لا تقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث كما لو قال انت واحدة . بيانه ان قوله انت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر ، والاولى أصح لما ذكرنا ، وفارق قوله انت حائض وطاهر لان الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطهر يمكن تعدده

(فصل) فان قال انت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع ثلاث لانه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل

في بعض كتبه يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ، ووجه الاول أن الطلاق رفع الاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فان أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولانه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق ان قلبت الحجر ذهبا، وان قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فالحكم فيه كالو قال أنت طالق أمس ، قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال اذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لان أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فانه يمكن أن يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد ، وان قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك ايقاع الطلاق في الحال مستنداً الى ذلك الزمان وقع في الحال، وان أراد الاخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وان لم يكن وجد وقع طلاقه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لانه فسره بمحتمله ولم يشترط الوجود ، وان أراد أني كنت طلقتك أمس فكذبته لزمته الطلقة وعليها العدة من يومها لانها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها، وان مات ولم يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف الروايتين في المطلق ان قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وان قلنا بوقوعه ثم اوقع ههنا

والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وان اطلق فهي واحدة لانه اليقين وان قال انت طالق الطلاق وقع مانواه ، وان لم ينو شيئا فذكر القاضي فيها روايتين

(احداهما) تقع الثلاث لان الالف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) أنها واحدة لما ذكرنا من أن الالف واللام تعود إلى المعهود

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم يقع الا واحدة)

لان لفظه لا يحتمل أكثر منها فاذا نوى ثلاثا فقد نوى مالا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق ، وقال أصحاب الشافعي تقع ثلاث في أحد الوجهين لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا لا يصح فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا يعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظه ، وفيه لاصحابنا أنه يقع ثلاث والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا)

لان قوله هكذا صريح بالتشبيه بالاصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين فان قال أردت تعدد المقبوضتين قبل منه لانه

(فصل) وان قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا ان طلاقه وقع قبل الشهر لانه ايقاع للطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع الطلاق عند قدوم زيد لانه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه

ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فان أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطا وليس فيه حرف شرط ، وان قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وان قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه ، فان خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبينا أن الخلع وقع صحيحا ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائنا وان قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعوض الا أن يكون الطلاق رجعيا ، لان الرجعية يصح خلعها ، وان كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعيا فانه لا يقطع التوارث مادامت في العدة فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع طلاق ، فان قال أنت طالق قبل موتي بشهر

يحتمل ما يدعيه ، فأما ان قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي

(فصل) وان قال لاحدى امرأتيه أنت طالق واحدة بل هذه وأشار إلى الاخرى ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا لانه أوقعه بها كذلك أشبه مالو قال له علي هذا الدرهم بل هذا فانه يجب الدرهمان ولا يصح اضرابه عن الاول

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو طالق كألف أو بعدد الحصى أو القطر أو الرمل أو الريح أو التراب طلقت ثلاثا وان نوى واحدة)

لان هذا يقتضي عددا ولان للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وان قال كعدد الماء أو التراب وقع ثلاث ، وقال ابو حنيفة يقع واحدة بائن لان الماء والتراب من أسماء الاجناس لا عدد له

ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى ، وان قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا ، وان قال أنت طالق كمائة أو الف فهي ثلاث قال احمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان لم يكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد ، وانما شبهها بالالف وليس الموقع المشبه به

ولنا أن قوله كألف يشبه العدد خاصة لانه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق

فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لان الطلاق لا يقع في الماضي وان مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت في عدتها وان قال أنت طالق قبل موتي ولم يزد شيئا طلقت في الحال لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل الطلاق فوقع في أوله وان قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك، وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار، فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يأيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا وان لم يضربه، ولو قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت لان ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر، فقال القاضي تتعلق الصفة بأولهما موتا لان اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الاول واعتباره بالاول لا يفضي الى ذلك فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق فاذا طلقها لزمه اثنتان إذا كانت مدخولا بها وان كانت غير مدخول بها لزمته واحدة)

وجملة ذلك انه إذا قال لمدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة

كعدد الالف، وفي هذا انفصال عما قال، وان قال أردت أنها كالف في صعوبتها دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أشد الطلاق او أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث وان لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة)

قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فان أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على انه إذا لم ينو تقع واحدة وذلك لان هذا الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافا فاذا وقعت الواحدة فهي رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة فيقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة، ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا كقوله أنت طالق، وما ذكروه لا يصح لان الطلاق حكم فاذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة فان قال أنت طالق مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقع بائنا، وقال أصحابه ان قال مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ووجه القولين ما تقدم

بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فاذا وجد الشرط وقع الطلاق، وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تقع الثانية لأنها لاعدة عليها ولا تمكن رجعتها فلايقع طلاقها إلا بائنا فلا يقع الطلاق ببائن

(فصل) فان قال عنيت بقولي هذا انك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق سوى ما باشرتك به دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين (إحداهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر اذ الظاهر ان هذا تعليق الطلاق بشرط الطلاق ولان اخباره اياها بوقوع طلاقه بها لافائدة فيه (والوجه الثاني) يقبل قوله لانه يحتمل ماقاله فقبل كما لوقال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثاني التأكيد أو إفهامها

(فصل) فان قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله ان خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة ولو قال أولا ان خرجت فأنت طالق ثم قال ان طلقتك فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها لانه لم يطلقها بعد ذلك ولم يحدث عليها طلاقا لان ايقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع وان قال ان خرجت فأنت طالق ثم قال اذ وقع عليك طلاقي فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها

(فصل) وان قال لها كلما طلقت فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار فاذا قال لها بعد ذلك

ولنا انه لا يملك إيقاع البينونة فانها حكم وليس ذلك اليه وانما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فتثبت وان أراد اثباتها بدون ذلك لم تثبت ، ويحتمل أن يكون ابتداء الطلاق عليه أو عليها لبعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زيد بالشك ، فان قال أقصى الطلاق أو أكثره فكذلك في قياس المذهب ، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لان أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين، وان قال أتم الطلاق وأكمله فواحدة إلا أنها تكون بنيته

(مسئلة) (وان قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان)

وبهذا قال أبو حنيفة لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وانما كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها ، وقال زفر : تطلق واحدة لان ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط ، ويحتمل أن تطلق ثلاثا وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه نطق بها فلم يجز إلغاؤها وكقوله بعتك هذا الثوب من أوله الى آخره

ولنا على ان ابتداء الغاية يدخل قوله خرجت من البصرة فانه يدل على انه كان فيها وأما انتم

أنت طالق وقع بها طلقتان إحداهما بالمباشرة والاخرى بالصفة ولا تقع ثلاثة لان الثانية لم تقع بايقاعه بعد عقد الصفة لان قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول وانما وقعت الثانية بهذا القول ، وان قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة و بالصفة أخرى لانه قد طلقها ولم تقع الثالثة وان قال لها : كلما أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقتك فأنت طالق ، وذكر القاضي في هذه انه اذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله اذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق لان ذلك ليس بايقاع منه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فانه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فاذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله اذا طلقتك فأنت طالق وان قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثا ، فلو قال لها ان خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم خرجت وقعت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لان كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكلما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لان تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع

الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل الدخول وعدمه لم يقع الطلاق بالشك فان قال انت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت لأنها التي بينها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين وقعت الثلاث)

وان نوي موجبة عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين وان لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد وعند القاضي تطلق واحدة وان لم ينو وقع بأمرأة الحاسب طلقتان وبغيرها طلقه ويحتمل ان تطلق اذا قال انت طالق طلقة في طلقتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لانه يعبير نفي عن كقوله تعالى (ادخلي في عبادي) فتقدير الكلام طلقة مع طلقتين فان أقر بذلك على نفسه قبل منه وان قال أردت واحدة قبل أيضا وان كان حاسبا وقال القاضي لا يقبل اذا كان عارفا بالحساب ووقع طلقتان لانه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله فانه لا يبعد ان يريد بكلامه ما يريده العامي وان لم يكن له نية وكان عارفاً بالحساب وقع طلقتان وقال الشافعي ان أطلق لم يقع الا واحدة لان لفظ الايقاع انما هو الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع وانما يقع الزائد بالقصد فاذا خلا عن القصد لم يقع الا ما أوقعه وقال بعض أصحابه كقولنا وقال أبو حنيفة لا يقع الا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد به واحدة او اثنتين لان الضرب انما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب وانما حصل

طلاقه ، ولانه اذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) فان قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (احداهما) بالمباشرة (والاخرى) بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لانها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فان طلقها اثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لانا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فيقطعه بمنع وقوعه

ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فيقع بها التي بعدها كالاولى فامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها فان الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها ، وإن كان الطلاق بعوض أو في غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها لانه لا يملك رجعتها ، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثا وعندهم لا تطلق لما ذكرناه في التي قبلها ، ولو قال لامرأته اذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها طلقت ثلاثا ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

منه الايقاع في واحدة فوقعت دون غيرها

ولنا ان هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنين فاذ لفظ به وأطلق وقع كما لو قال انت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فان اللفظ الموضوع لايحتاج معه الى نية فأما ما قاله أبو حنيفة فانما ذلك في موضع الحساب بالاصل ثم صار مستعملا في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه فأما الجاهل بمقتضى ذلك الحساب اذا أطلق وقعت طلقة واحدة لان لفظ الايقاع انما هو لفظة واحدة وانما صار مصروفا الى اثنين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها فان نوى موجبه عند الحساب وهو لا يعرفه فقال ابن حامد لا يتم هو كالحاسب قياسا عليه لاشتراكهما في النية وعند القاضي تطلق واحدة لانه إذا لم يعرف موجبه لم يقصد ايقاعه فهو كالعجمي ينطق بالطلاق بالعربي لا يفهمه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي اذا لم يكن يعرف موجبه لانه لا يصح منه قصد ما لا يعرفه ويحتمل ان تطلق ثلاثا بناء على أن في معناها مع فالتقدير انت طالق طلقة مع طلقتين قال شيخنا ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين ان يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اولا والظاهر ان كان المتكلم بذلك ممن عرفهم ان في ههنا بمعنى مع وقعت الثلاث لان كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه ارادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه

(فصل) وإن قال لزوجته اذا طلقتك أو اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا فلا نص فيها ، وقال القاضي تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالمباشرة ويلغو المعلق لانه طلاق في زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص احمد وابي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال ابو العباس بن القاضي من أصحاب الشافعي ، وقال ابو العباس بن شريح وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فاثباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ، ولان إيقاعها يفضي الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى الى الدور وجب قطعه من أصله

ولنا أنه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ، ولان الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه يمنعه بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فانا ان قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لانه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق

(فصل) اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد وقال الشافعية يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق ايقاع فلا يجوز ايقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد دفعها ووقع اثنتين آخرتين فوقع الثلاث

ولنا أن ما لفظ به قبل الاضراب لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله له على درهم بل درهمان وقولهم لا يجوز ايقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن نخبره بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وان قل وقع طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز وأهل العراق وذلك لان ذكر ما لا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق فان قال نصفي طلقة وقعت طلقة لان نصفي الشيء كله وان قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر أنه يقع طلقتان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين والغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى

طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي إلى دور ولا غيره ، وان قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت طالق للسنة أو قال للبدعة وبيان استحالته أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لان الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال اذا طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ثم يبطل ماذكروه بقوله اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها او ابنتها بشبهة فانه يرد عليه ماذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ماذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة ، وان قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثا ان طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعا وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضي بوقوع الطلقة الموقعة دون ماتعلق بها لان ماتعلق بها تابع ولا يجوز ابطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه اذا أعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال نصفي طلقتين وقعت طلقتان) لان نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين)

لان ثلاثة الانصاف طلقة ونصف وكمل النصف فصار طلقتين وهذا وجه لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لانه جعل الانصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة لان إسقاط الطلاق الموقع من الاول في المجلس لاسبيل اليه وانما الاضافة الى الطلقة الواحدة غير صحيحة فلغت الاضافة وان قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لان نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فيصير طلقتين

(مسئلة) (وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا ويحتمل ان تطلق طلقتين)

نص أحمد على وقوع الثلاث في رواية مهنا وقال أبو عبدالله بن حامد تقع طلقتان لان معناه ثلاثة انصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين وقيل بل لان النصف الثالث من طلقتين محال ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا ان نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعت ثلاثا فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالف ظاهر اللفظ فانه على ماذكره يكون ثلاثة أنصاف

ثلثه إلا أحدهما فان مالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لان ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ههنا

(فصل) اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فانه تمليك واذا حضت فأنت طالق فانه طلاق بدعة ، واذا طهرت فأنت طالق فانه طلاق سنة وهذا قول أبي حنيفة لان ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولان في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله ، وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق ، وان لم تدخلي فأنت طالق أو على تصديق خبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعليق على غير ذلك كقوله أنت طالق ان طلعت الشمس أو قدم الحاج أو ان لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لان حقيقة الحلف القسم وانما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أو لم أفعل ومالم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي فاذا قال لزوجته اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال اذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق في الحال على القول الثاني لانه ليس بحلف ،

طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة وقولهم إنه مخالف قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فوجب ان يقع

(مسئلة) (وان قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة)

لانه لم يعطف بواو العطف فيدل على ان هذه الاجزاء من طلقة غير متغايرة وان الثاني ههنا يكون بدلا من الاول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم تتبعض المغايرة وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق إلا طلقة وكذلك ان قال نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لان هذه أجزاء للطلقة إلا ان يريد من كل طلقة جزء افتطلق ثلاثاً ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين لانه يزيد على الطلقة نصف سدس طلقة ثم يكمل وان أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً وان قال انت طلقة وأنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في قوله أنت الطلاق إنه صريح في الطلاق وهنا مثله

(مسئلة) (وان قال نصف طلقة وثلث طلقة طلقت ثلاثاً)

ذكره اصحابنا لانه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة وظاهره أنها طلقات متغايرة ولانه لو كانت الثانية هي الاولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فان أهل العربية قالوا اذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الاول وان أعيد معرفاً بالألف واللام فالثاني هو الاول

وتطلق على الاول لانه حلف ، وان قال كلما كلمت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعا لانه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وان قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار الكلام فيكون تأكيدا لا حلفا

ولنا أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقوله انه تكرار للكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فاذا كان في الاول حلفا فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى وأما التأكيد فانما يحمل عليه الكلام المكرر اذا قصده وههنا ان قصد افهامها لم يقع بالثاني شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق يعني بالثانية إفهامها فأما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع أكثر منها فاذا قال لها ذلك ثلاثا بانت بالمرة الثانية ولم تطلق بالثالثة فان جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها ان تكلمت فأنت طالق أونحو ذلك لم تطلق بذلك لان شرط طلاقها انما كان بعد بينونتها

(فصل) وان قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا لما ذكرنا فان كانت احداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فاذا أعاده مرة ثالثة

لاعادته معرفاً وليس الثاني غير الاول لاعادته منكراً ولهذا قيل ان يغلب عسر يسرين وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال لاربع نسوة أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة)

اذا قال أوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة منهن طلقة كذلك قال الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم يكمل وان قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه احمد لان معناه أوقعت بينكن طلقة وان قال أوقعت بينكن طلقتين فكذلك ذكره ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وقال أبو بكر والقاضي يقع بكل واحدة طلقتان وعن أحمد مايدل عليه فانه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما أرى إلا قد بن منه ووجه ذلك انا اذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزء من طلقتين ثم يكمل والاول أولى لانه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة وانما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانما تقسم برءوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فانه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا خلاف فيها ولان فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك فاما ان أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على

لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن فلم تكن اعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهي غير زوجته فلم يوجد الشرط فان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعا فان جدد النكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لانه صار بهذا حالفاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها باعادة قوله في المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ويقوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لانها حين أعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالاضافة اليها كما لو قال لأجنبية ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لانه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لان هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وان قال بعد ذلك ان حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت عمرة لانه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لانه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لانه لم يحلف بطلاقهما انما حلف بطلاق عمرة وحدها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس

(فصل) وان قال لاحداهما ان حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك طلقت الثانية لان اعادته للثانية هو حلف بطلاق الاولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم ان اعاد

ماقال أبو بكر وان قال أوقعت بينكن ثلاثاً أو أربعاً فعلى قولنا يقع بكل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثاً ثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أوقعت بينكن خمساً وقع بكل واحدة طلقتان)

وبه قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة تطليقة وربع ثم يكمل وكذلك ان قال ستاً أو سبعاً أو ثمانياً وان قال أوقعت بينكن تسعا وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعاً

(فصل) فان قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان الواو لا تقتضي ترتيبا وقيل يقع بها واحدة على الاولى خاصة كما اذا قال أوقعت بينكن ثلاثا ذكره صاحب المجرد وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لان هذا يقتضي وقوع ثلاث على ماقدمنا وان قال أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقتها طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة واوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً إلا التي لم يدخل بها فانها لا تطلق إلا واحدة لانها بانت بالاولى فلم يلحقها ما بعدها

(فصل) فان قال لنسائه أنتن طالق ثلاثاً أو طلقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً نص عليه أحمد لان قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار

للاولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل الثانية ثلاث ثم اذا أعاده الاولى لم تطلق لان الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منها لان ذلك ليس بحلف بطلاقها انما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا ، وان قال للاولى ان حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال الاخرى مثل ذلك طلقت الاولى لان قوله لثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالاولى ثم ان أعاده الاولى طلقت الثانية ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الاخرى ، فان كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق صاحبتها باعادة ذلك لها لانه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائنا فهي كسائر الأجنبيات ، وان قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما ، ثم ان أعاد ذلك لاحداهما طلقت الاخرى ثم ان أعاده للاخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الاخرى الا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فانها اذا بانت صارت كالأجنبية ، ولو قال ذلك لامرأة ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضرتها بكل اعادة مرة حتى تكمل الثلاث ، وان قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ، ثم ان قال للاولى مثل ما قال لها أوقال لثانية مثل ماقال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لان الحلف في الموضعين انما هو بطلاق الثانية

لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثاً فانه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزءاً منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة

(فصل) إذا قال نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو دمك طالق طلقت ، متى طلق جزءاً من المرأة من أجزائها الثابته طلقت كلها سواء كان شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها ، وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثوروابن القاسم من أصحاب مالك وقال أصحاب الرأي ان أضافه الى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج طلقت وان أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لانه جزء تبقى الجملة بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة لاضافة الطلاق اليه كالسن والظفر

ولنا أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والاعضاء الخمسة ولانها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضي التحريم والاباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد ، وفارق ما قاسوا عليه فانه ليس يبقى فان الشعر والظفر يزول ويخرج غيرها ولا تنقض منها الطهارة

ولو قال للاولى ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانية ان حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الاولى ثم متى أعاد احد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الاولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لاحداهما اذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الاولى ولم يحلف بطلاقها،ولو أعاد ذلك لما لم يقع طلاق بواحدة منهما وسواء تقدم القول الثانية على القول للاولى أو تأخر عنه

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة فقال ان حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة ، وان جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وان قال ان حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق طلقت كل واحدة منهن طلقتين لأنه لما قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ، ولما قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال شعرك أوظفرك أو سنك طالق لم تطلق)

وبهذا قال أصحاب الرأي ويحتمل أن تطلق ذكره صاحب المحرر وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح بنكاحها فتطلق بطلاقه كالاصبع

ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة،وفارق الاصبع فانها لا تنفصل في حال السلامة والسن تزول من الصغير ويخلق غيرها وتنقلع من الكبير بخلاف الاصبع فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق ولان الشعر لا روح فيه ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق واللبن

﴿ مسئلة ﴾ (وان أضافه الى الريق والحمل والدمع والعرق لم تطلق)

لا نعلم فيه خلافا لان هذه ليست من جسمها فان الريق والدمع والعرق فضلات والحمل وان كان متصلا بها الا ان مآله الى الانفصال فلذلك لم تطلق به وهو مودع فيها . قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) في بطن الام

﴿مسئلة﴾ (وان قال روحك طالق طلقت)

لان الحياة لا تبقى بدون روحها كالدم ، وقال أبو بكر لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام ان هذه الاشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح . جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به

لانه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ، ولو كان مكان قوله ان كلما طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لان كلما تقتضي التكرار

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لانه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعا ، وان قال ان حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لان إن لا تقتضي التكرار، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى ، ولو قال كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وان قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة

(فصل) وإن قال لزوجته ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت ثم ان قال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد وان قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده ان حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد .

(فصل) وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جوابا له فاذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب

(فصل) فيما يخالف المدخول بها غيرها

﴿مسألة﴾ (إذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين الا أن ينوي بالثانية التأكيد أو افهامها)

إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف وان نوى بها افهامها أن الاولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق الا واحدة ، وان لم تكن له نية وقعت طلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي وقال في الآخر تطلق واحدة لان التكرار يكون للتأكيد والافهام ويحتمل الايقاع فلا نوقع طلقة بالشك

ولنا أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فاذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالاطلاق في المطلق اذا لم يوجد المقيد، فأما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة سواء نوى الايقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا وهذا قول عكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحاكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طلقتان وان قال ذلك ثلاثاً طلقت ثلاثاً اذا كان متصلا لانه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثاً

والحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وان قام لانه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم

ولنا أنه حلف بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق ان أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلا لم يحنث وإن لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله ان أخاك لعاقل وان شك في عقله لم يقع الطلاق لان الاصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك، وان قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث والا فلا، وان قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقا لم يحنث وإن كان كاذبا حنث كما لو قال والله ما أكلته وان قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق وإن كان كاذبا طلقت ولو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لأكرمنك طلقت في الحال، ولو قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لاقومن طلقت المرأة وان قال ان حلفت بطلاق امرأتي فعبدي حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد

(فصل) وان قال ان طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال ان طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وان بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لانه اذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ما أحدث في عمرة طلاقا انما طلقت بالصفة

ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم يقع الا الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلا يقع الطلاق بها لانها غير زوجة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون اجماعاً

(فصل) فأما إن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل قوله نويت التوكيد لان التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل.

(مسئلة) (وان قال أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين إن كانت مدخولا بها وإن كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها وعنه فيما إذا قال أنت طالق طلقة بل طلقة أو طالق بل طالق أنه لا يقع بالمدخول بها الا طلقة بناء على ما إذا قال له علي درهم بل درهم ذكره في المحرر)

كل طلاق مرتب في الوقوع يأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من واحدة لما ذكرنا ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها كقوله أنت طالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق وأنت طالق أو فطالق وأشباه ذلك لان هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الاولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائناً غير زوجة فلا تقع بها

السابقة على تعليقه طلاقها ، وان بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لانه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله ان طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تعليق ، فان وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ، ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة ، وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما الا طلقة لان هذه المسئلة كالتي قبلها سواء فانه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ، ولو قال لعمرة ان طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة ان طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة وان طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لانها عكس التي قبلها ، ذكر هاتين المسئلتين القاضي في المجرد ، ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة ، وان طلق الثانية طلقت[1] طلقتين وطلقت الاولى طلقة ، وان قال كلما طلقتك فضرتك طالق ، ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت كل واحدة منها طلقة طلقة وان طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الاولى طلقة وتعليل ذلك على ماذكرنا في المسئلة الاولى

(١) في نسخة طلقت كل واحدة منها طلقة

فأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادفها محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب، وان قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة او طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها اثنتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة

(مسئلة) (وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي)

وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في السريجية وقال أبو بكر وأبو الخطاب يقع اثنتان وهو قول أبي حنيفة لانه استكمال وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد ايقاعها فيه لكونه زمانا ماضياً وجب ايقاعها في أقرب الازمنة وهو معها ولا يلزم تأخرها الى ما بعدها لان قبله زمناً يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر الى البعيد

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيداً بعد عمرو كان كلامه صحيحاً يفيد تأخر المتقدم لفظاً عن المذكور بعده . وليس هذا طلاقاً في زمن ماض وانما يقع ايقاعه في المستقبل على الوجه الذي رتبه ، ولو قدر أن احداها موقعة في زمن ماض

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة، فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق وان طلقت عمرة فحفصة طالق وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فانه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقا فطلقت به عمرة بخلاف غيرها، وان قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة ان طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فأنت طالق، ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضا، والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها، وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معا بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها، وان قال لزينب ان طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة

لامتنع وقوعها ووقعت الاخرى وهذا تعليل القاضي لكونه لا يقع الا واحدة. قال شيخنا والاول من التعليلين أصح إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين)

اذا قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان سواء في ذلك المدخول بها أو غيرها وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال أبو يوسف تقع واحدة لان الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء

ولنا أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معا فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثا ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فان الطلاق لا يقع بمجرد اللفظ به إذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها

(فصل) اذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وقعت طلقتان، وان قال أنت طالق وطالق وطالق طلقت ثلاثاً وبه قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه، وقال الثوري والشافعي لا يقع الا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها وذكره ابن أبي موسى في الارشاد وجهاً في المذهب

ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقوله انت طالق

مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقا إنما طلقنا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقها وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لان عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لانه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقها طلاق لما تقدم، وان طلق حفصة طلقت ثلاثا لأنها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لانه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لانه تطليق لزينب لما ذكرناه، وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها، وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الاولى طلقت ثلاثا وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لان تطليقه للاولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة اليهما لكونه واقعا بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقها، وان طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الاولى ثلاثا والثالثة طلقة وان طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

ثلاثا أو طلقة معها طلقتان، ويفارق ما إذا فرقها فانه لا يقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الاولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وههنا لا تقع الاولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا لحق به ولم يقع الاول مطلقا ولو كان يقع حين نطقه لم يلحقه شيء من ذلك، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات، فان قيل إنما أوقعنا أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لانه مغير له والعطف لا يغير فلا يتوقف عليه، ويتبين أنه وقع أول ما لفظ به وكذلك لو قال لها أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة، قلنا ما لم يتم الكلام فهو عرضة التغيير اما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء، واما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد واشباه هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع شيء آخر وأما اذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق احداهما بالاخرى ولو تعقب احداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الاخرى فلا وجه لوقوف إحداهما على الاخرى والمعطوف مع

(فصل) ولو قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد، ولو قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لان وقوع الطلاق بالصفة انما يكون تطليقا مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدي حر، وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد، ولو قال لعبده ان أعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده ان لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة

(فصل) ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ماعلق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته ان كلمت رجلا فأنت طالق وان كلمت طويلا فأنت طالق وان كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا، وان قال ان ولدت بنتا فأنت طالق، وان ولدت سوداء فأنت طالق وان ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتا سوداء طلقت ثلاثا، وان قال ان أكلت رمانة فأنت طالق، وان أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين، وان قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا لان كلما تقتضي التكرار وفي الرمانة نصفان فتطلق

المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لا تعلق لها بالاخرى فلا يصح قياسها عليها

(فصل) فان قال أنت طالق طلقتين ونصفاً فهي عندنا كالتي قبلها تقع الثلاث وقال مخالفونا تقع طلقتان

(فصل) وإذا قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أن أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجا قبلي طلقها دين، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والثاني) لا يقبل (والثالث) يقبل إن كان وجد، والصحيح أنه لا يقبل إذا لم يكن وجد لانه لا يحتمل ما قاله .

(فصل) فان قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام تكرر للتأكيد كقوله عليه السلام « فنكاحها باطل باطل باطل » وإن قصد الايقاع وتكرر اللفظان طلقت ثلاثاً . وإن لم ينو شيئاً لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينها بحرف يقتضي المغايرة فلا تكن متغايرات، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه غاير بينها وبين الاولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع . وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين

بأ كلها طلقتين وبأ كل الرمانة طلقة فان نوى بقوله نصف رمانة نصفا مفرداً عن الرمانة المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى تأكل مانوى تعليق الطلاق به لان مبنى الايمان على النية

(فصل) فان قال ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وان دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فثلاثة اعبد احرار وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وان كان له أربع نسوة فقال ان طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدي حر ، وان طلقت اثنتين فعبدان حران ، وان طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وان طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الاربع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالاثنتين اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالاربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الاربع فيهن ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل يعتق عشرة أيضا والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً لان فيهن أربعة صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وهذا أولى من الاول لان قائله لايعتبر صفة طلاق الواحدة

(إحداهما) يقبل وهو مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال انت طالق انت طالق والثانية لايقبل لان حرف العطف للمغايرة فلا يقبل منه مايخالف ذلك كما لايقبل في الثانية ولو قال انت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو فان غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها إرادة التوكيد لان كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد انما يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) فان قال انت مطلقة انت مسرحة انت مفارقة وقال اردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لانه لم يغاير بينها بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الالفاظ بل اعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وان قال انت طلقة ومسرحة ومفارقة وقال اردت التوكيد احتمل ان يقبل منه لان اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً * فالفى قولها كذبا ومينا * ويحتمل ان لايقبل لان الواو تقتضي المغايرة فأشبه مالو كان بلفظ واحد

﴿ مسئلة ﴾ (والمعلق كالمنجز في حكم المدخول بها وغيرها)

فلو قال أن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال أبو يوسف

في غير الاولى ولا صفة الثنية في الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرر الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فانها توجد بضم الثانية الى الثالثة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة وكلا القولين غير سديد لانهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدو الثانية والثالثة في صفة التثليث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لايجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لوقال كلما اكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال أنها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثاني إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثا وكذلك في مسئلتنا لم نضم الاولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغي أن يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ماقبلها ثلاثة وهي مع ضمها الى الاولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ماقبلها أربع وفيها صفة التثليث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هي مع الاولى اثنتان وهي مع الثانية اثنتان وهي مع الثالثة اثنتان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلا وهذا مع الاطلاق

ومحمد وأصحاب الشافعي في احد الوجهين وقال أبو حنيفة تقع واحدة لان الطلاق المطلق اذا وجدت الصفة يكون كأنه اوقعه في الحال على تلك الصفة ولو أوقعه كذلك لم يقع الا واحدة

ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت فانها تطلق ثلاثا في قول الجميع

(مسئلة) (وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقة فدخلت طلقت طلقتين وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم نحك عنهم فيه خلافا وكذلك اذا قال طلقة مع طلقة فدخلت

(مسئلة) (وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار وان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم تطلق غيرها)

وبهذا قال الشافعي وذهب القاضي الى انها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها للمهلة فتكون الاولى واقعة والثانية معلقة بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد لايقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط للثلاث فوقعت كما لو قال إن دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق

ولنا ان ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعلق الشرط

فأما ان نوى بلفظه غير مايقتضيه الاطلاق مثل أن ينوي بقوله اثنتين غير الواحدة فيمينه على مانواه ، ومتى لم يبين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الاول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبدا من عبيدي فجارية من جواري حرة وكلما أعتقت اثنين فجاريتان حرتان وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما أعتقت أربعة فأربع أحرارا ثم أعتق أربعة عتق من جواريه بعدد ماطلق من النساء على ما ذكرنا ، وان أعتق خمساً فعلى القول الاول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثاني يعتق إحدى وعشرون لان عتق الخامس عتق به ست لكونه واحدا وهو مع ماقبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لان ماقبله قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أوماتت وقع الطلاق بها في آخر أوقات الامكان

وجملة ذلك ان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضي زمنا ولا يدل عليه إلا من حيث ان الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ولا يقتضي تعجيلا فما علق عليه

بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولان الاولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها ولانه جعل الاولى جزءاً للشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره ولانه لو قال ان دخل زيد داري فاعطه درهما ثم درهما لم يجز ان يعطيه قبل دخوله فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع فاما ان قال لمدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فيقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وذهب القاضي الى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما بعد عنه دون مايليه ويجعل جزاءه ما لم يوجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت طلقت طلقتين بكل حال)

وان كرر ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقتضى وقوع الطلاق والثلاث دفعة واحدة والله أعلم

كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي فصل هذا إذا قال ان لم اطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ولم يحنث بتأخيره لان كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فاذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها وبهذا قال ابوحنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، ولو قال ان لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لان تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه انما يكون في حياتهم جميعا وكذلك لو قال ان لم أعتق عبدي أو ان لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتا فأما ان عين وقتا بلفظه أو بنيته تعين وتعلقت يمينه به

قال أحمد رحمه الله اذا قال ان لم أضرب فلانا فأنت طالق ثلاثا فهو على ما أراد من ذلك وذلك لان الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فان مبنى الايمان على النية لقول النبي ﷺ « انما لامرىء ما نوى »

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لان الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق ، وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك ، وقال الانصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها

(باب الاستثناء في الطلاق)

حكي عن أبي بكر انه لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على أنه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي استثناء النصف وجهان

اذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناؤه وهو قول جملة أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق الا فلانة لم تطلق لان الطلاق لا يمكن رفعه بعد ايقاعه والاستثناء يرفعه لو صح وما ذكره من التحليل باطل بما يسلمه من الاستثناء في المطلقات وليس الاستثناء رفعا لما وقع اذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات والاعتاق لا في الاقرار ولا في الاخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد في الكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما ، وقوله (انني براء مما تعبدون الا الذي فطرني) مقتضاه أنه لم يتبرأ من الله ، فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا الا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير ، وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالاسماء غير

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق وقولهم الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الاصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كالوطلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا انما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق

(فصل) اذا كان المعلق طلاقا بائنا فمات لم يرثها لان طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته ، وإن ماتت لم يرثها وذلك لانها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الانصاري ويتخرج لنا أنهـا لاترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه

وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانهما لايتوارثان ، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته ، وإن ماتت لم يرثها لانه في الاولى علق الطلاق على فعلها فاذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتهـا ، واذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه مالو نجزه في الحال ووجه الاول أنه طلاق في

وسوى ، والافعال ليس وعدا ، والحروف حاشا وخلا ، فبأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد فلو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وقع ثلاث والاكثرون على أن ذلك جائز ، إلا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الـكثير حكي ذلك عن جماعة من أئمة اللغة فاذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع اثنتان ولو قال إلا اثنتين وقع ثلاث ، وان قال طلقتين الا طلقة ففيه وجهان

[أحدهما] يقع طلقة (والثاني) طلقتان بناء على صحة استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو ثلاثا الا اثنتين أو خمسا الا ثلاثا أو ثلاثا الا ربع طلقة طلقت ثلاثا)

اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه وان قال ثلاثا الا اثنتين فعندنا يقع ثلاث بناء على أنه لا يصح استثناء الاكثر وسنذكر ذلك والخلاف فيه ودليل كل واحد من القولين في كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى وان قال أنت طالق خمسا الا ثلاثا وقع ثلاث لان الاستثناء ان عاد الى الخمس فقد استثنى إلا كثر وان عاد الى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح ، وان قال خمسا الا طلقة ففيه وجهان [أحدهما] يقع ثلاث لان الـكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثني فكأنه قال أنت طالق

مرض موته فمنعه ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء ولان الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشرة له ، فأما ماذكر عن أبي حنيفة فحسن اذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لان تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها لتترك مالا بد لها من فعله ففعلته

(فصل) اذا حلف ليفعلن شيئا ولم يعين له وقتا بلفظه ولا بنيته فهو على التراخي أيضا فان لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربي لتأتينكم) وقال (قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم) ولما قال (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فان الآية أنزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال : قلت للنبي ﷺ أو ليس كنت تحدثنا انا سنأتي البيت ونطوف به ؟ قال بلى «فأخبرتك أنك آتيه العام؟» قلت لا قال « فانك آتيه ومطوف به » وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه

(فصل) اذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ولم يطلقها طلقت اذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هذه المسئلة وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكى القاضي فيها وجهين هذا ووجها آخر أن الطلاق لا يقع ، وحكي ذلك عن أبي بكر وابن شريح لان محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها مايقع الطلاق فيه .

أربعا (والثاني) يقع اثنتان ، ذكره القاضي لان الاستثناء يرجع الى ما ملكه من الطلقات وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان وان قال ثلاث الا ربع طلقة طلقت ثلاثا لان الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق اثنتين إلا واحدة فعلى وجهين ذكرناهما ، وذلك مبني على صحة استثناء النصف)

وان قال أنت طالق أربعاً إلا اثنتين فعلى الوجهين يصح الاستثناء ويقع طلقتان وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع الى الثلاث فيكون استثناء الاكثر

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق ثلاثاً الا اثنتين الا واحدة ، فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين ؟ على وجهين) .

وجملة ذلك أن الاستثناء من الاستثناء لا يصح منه في الطلاق إلا هذه المسئلة فانه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان فان قيل فكيف أجزتم استثناء الثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا لانه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصارتا عبارة عن واحدة وان قلنا لا يصح استثناء النصف وقع الثلاث.

ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كموت أحدهما في اليوم وذلك لان معنى يمينه ان فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فاذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولهما موتا وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فان محل طلاقها يفوت بموته ومع ذلك فان الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا ، ولو قال لها أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم او ان لم اشتر لك اليوم ثوبا ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها أنت طالق إن لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان :

(أحدهما) في آخر اليوم (والثاني) بعد خروجه ، وإن قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم لانه جعل عدم طلاقها شرطا لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط

(فصل) وان قال لعبده ان لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان ، وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لان بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وان وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفت بيعه ، ولو قال ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لانه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فان عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه

(مسئلة) (وان قال أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث)

لانه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الاولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر أنه يصح لان الاستثناء الاول يلغو لكونه استثنى الجميع فيرجع قوله الا واحدة الى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان والاول أولى لان الاستثناء من الاثبات نفي ، ومن النفي اثبات ، فاذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لانه يكون اثباتاً من اثبات .

(مسئلة) (وان قال أنت طالق وطالق الا واحدة أو طلقتين وواحدة الا واحدة أو طلقتين ونصفاً الا واحدة طلقت ثلاثا ويحتمل أن يقع طلقتان)

في هذه المسائل الثلاث وجهان :

(أحدهما) لا يصح الاستثناء لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكره استثناءها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولان الغاءه وحده أولى من الغائه والغاء غيره ولان الاستثناء يعود الى الجملة الاخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث في الحال اذا كان مدخولا بها)

انما كان كذلك لان كلما تقتضي التكرار قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة لعنت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطليقه لها فاذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلقة وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها، وان لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يلحقها طلاق فاما اذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فانها تطلق واحدة ولا يتكرر الا على قول أبي بكر في متى فانه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما الا أن متى وأي وقت يقتضيان الطلاق على الفور فمتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت في الحال وأما اذا ففيها وجهان (أحدهما) هي على الفور لانها اسم وقت فهي كمتى (والثاني) أنها على التراخي لانها كثر استعمالها في الشرط فهي كان فعلى هذا اذا قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا لم تطلق الا في آخر جزء من حياة أحدهما، وان قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أي وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا متواليات طلقت مرة واحدة لانه لم يحنث في المرة الاولى ولا الثانية لكونه حلف عقيبهما وحنث

(والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث وكذلك لو قال له علي مائة وعشرون الا خمسين صح والاول مذهب أبي حنيفة والشافعي.

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق واحدة، واثنتين الا واحدة)

فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء، وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف فان كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق الا طلقة لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الاخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح، وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين لم يصح لانه ان عاد إلى الجملة الاخيرة فهو رفع لجميعها وان عاد الى الثلاث التي يملكها فهو رفع لا كثرها وكلاهما لا يصح، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعاً الا اثنتين فان قال أنت طالق اثنين واثنتين الا واحدة احتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه عاد الى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث، وان عاد الى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع.

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثاً الا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان (أحدهما) يلغو الاستثناء

في الثالثة وان سكت بين كل يمينين سكوتا يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا وان قال ذلك بلفظة إذا وقلنا هي على الفور فهي كتي والا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما

(فصل) والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن واذا ومتى ومن وأي وكلما. فمتى علق الطلاق بايجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله إن خرجت وإذا خرجت ومتى خرجت وأي حين وأي زمان وأي وقت خرجت وكلما خرجت، ومن خرجت منكن وأيتكن خرجت فهي طالق فمتى وجد الخروج طلقت، وان مات أحدهما سقطت اليمين. فاما ان علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت ان على التراخي، ومتى وأي ومن وكلما على الفور لان قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضي أي زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع في الزمان كله فأي زمن دخلت وجدت الصفة، وإذا قال متى لم تدخلي فأنت طالق فاذا مضى عقيب اليمين زمن لم يدخل فيه وجدت الصفة فانها اسم لوقت الفعل فيقدر به ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت أي أي وقت دخلت، وأما ان فلا تقتضي وقتا فقوله ان لم تدخلي لايقتضي وقتا إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله وأما إذا ففيها وجهان [أحدهما] هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطا بمعنى ان قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنياً ثلاثاً من ثلاث وهذا وجه لاصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي يصح الاستثناء في طلقة لان استثناء الاول جائز وانما لايصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده، وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء الثنتين وتلغو الثالثة بناء على أصلهم في ان استثناء الاكثر جائز وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي، وان قال انت طالق طلقتين الا طلقة وطلقة ففيه الوجهان، وان قال انت طالق ثلاثا الا طلقة ونصفا احتمل وجهين أيضاً احدهما يلغو الاستثناء لان النصف يكمل فيكون مستثنيا للاكثر فيلغو والثاني يصح في طلقة فيقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها، وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الأول ويلغو الثاني لانا لو صححناه لكان مستثنياً للاكثر فيقع به طلقتان، ويجيء على قول من أجاز استثناء الاكثر انه يصح فيهما فيقع طلقة واحدة، وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل ان يلغو الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طلقتان ويحتمل ان يقع به الثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتاً فيقع ذلك في إيقاع طلاقه وان لم يقبل في نفيه كما لو طلق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث

فجزم بها كما يجزم بان ولانها تستعمل بمعنى متى وان، واذا احتملت الامرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال ، والوجه الآخر أنهـا على الفور وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لانها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فان متى يجازى بها ألا ترى الى قول الشاعر :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا ، وكذلك أي وسائر الحروف وليس في هذه الحروف مايقتضي التكرار إلا كلما ، وذكر أبو بكر في متى انها تقتضي التكرار أيضا لانها تستعمل للتكرار بدليل قوله

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولانها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أنها لا تقتضيه لانها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي مالا يقتضيانه وكونهـا تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لايمنع استعمالها في غيره مثل اذا وأي وقت فانهما يستعملان في الامرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم * واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم * واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها) وقال الشاعر :

قوم اذا الشر أبدى ناجذيه لهم   ساروا اليه زرافات ووحدانا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة وقعت الثلاث وان قال نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق)

وجملة ذلك أن مايتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب (احدها) مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان (احدهما) مايرفع حكم اللفظ كله مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وانت طالق طلقة لا تلزمك ولا تقع عليك فهذا لايصح بلفظه ولا نيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغوا فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق واذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

(الضرب الثاني) مايقبل لفظا ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الاقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل ان يقول انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لايصح لان العدد نص فيما يتناوله لايحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فان اللفظ اقوى من النية ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته ، وحكي عن بعض الشافعية انه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة، والفرق بينهما ان نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا اراد به البعض صح وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لايجوز

وكذلك أي وقت وأي زمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها الا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار الا بدليل كذلك متى

(فصل) وهذه الحروف اذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج الى حرف في الجزاء كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء اذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق وانما اختصت بالفاء لانها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به فان قال إن دخلت الدار فانت طالق لم تطلق حتى تدخل، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لانه لم يعلقه بدخول الدار لانه انما يتعلق بالفاء وهذه لافاء فيها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال

ولنا أنه أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به وانما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروه الغاؤه، وإن قال أردت الايقاع في الحال وقع لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لان معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول

التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فاذا اراد بذلك اثنتين فقد اراد باللفظ مالا يحتمله وانما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته فاما مالا يحتمل فلا فانه لوعملنا بها فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع، ولو قال نسائي الاربع طوالق أو قال لهن اربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ماذكرناه ولا يدين فيه لانه عنى باللفظ مالا يحتمله

(الضرب الثالث) مايصح نطقا وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص العام واستعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل اذا كان لفظاً واحداً لانه وصل كلامه بما بين به مراده وان كان بنيته قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى لانه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفا الى ماأراده دون مالم يرده وهل يقبل ذلك في الحكم؟ يخرج على روايتين (احداهما) يقبل لانه فسر كلامه بما لا يحتمله فصح كما لو قال انت طالق انت طالق وأراد بالثانية افهامها

(والثانية) لا يقبل لانه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي والاول أولى ان شاء الله تعالى لان

النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وان سرق » وقال « صلهم وإن قطعوك واعطهم وإن حرموك » وإن قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فاذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الاخرى فمتى دخلت الاولى طلقت سواء دخلت الاخرى أو لم تدخل ولا تطلق بدخول الاخرى

وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ماقلناه ، وإن قال أردت جعل الثاني شرطا لطلاقها أيضا طلقت بكل واحد منهما لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ؛ وان قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية فهو على ماأراده ، وان قال أنت طالق ان دخلت الدار وان دخلت الاخرى طلقت بدخول احداهما لانه عطف شرطا على شرط ، فان قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لانه محتمل وطلقت بدخول الاولى وحدها ، وان قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فانت طالق فقد قيل لاتطلق إلا بدخولهما لانه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان لانه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الاول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد قال الفرزدق

ولكن نصفا لو سببت وسبني ... بنو عبد شمس من قريش وهاشم

أكثر نصوص القرآن العامة اريد بها الخصوص ، ومن شرط هذا ان تكون النية مقارنة للفظ وهو ان يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن فأما ان كانت متأخرة عن اللفظ مثل ان قال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بلفظه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاقي لزمه الطلاق لانه مقتضى اللفظ والنية الان خبرة نية لا لفظ معها فلا تعمل ، ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل ان يقول انت طالق ثم يصله بشرط اوصفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح اذا كان نطقا بغير خلاف وان نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم فيمن حلف لاتدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال اذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته والرواية الاخرى لايقبل فانه قال اذا قال لامرأته انت طالق ونوى في قلبه الى سنة تطلق ليس ينظر الى نيته وقال اذا قال انت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لايصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بان يحمل قوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان ارادة الخاص بالعام شائع كثير وارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ويمكن ان يقال هذا كله من جملة التخصيص

والتقدير سبني هؤلاء وسبيتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد ، وان قال ان دخلت الدار وأنت طالق طلقت لان الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء فان قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقا شرطا لشيء ثم أمسكت دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وان جعل لهذا جزاء فقال ان دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لان الواو ههنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - وقوله - فقد رأيتموه وأنتم تنظرون) ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار طالقا فدخلت وهي طالق طلقت أخرى ، وان دخلتها غير طالق لم تطلق لان هذا حال فجرى مجرى قوله أنت طالق ان دخلت الدار راكبة ، وان قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطا بمنزلة قوله ان قمت وهذا يحكى عن أبي يوسف ، ولانها لولم تكن للشرط كانت لغوا والاصل اعتبار كلام المكلف ، وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه لقسم لو تعلمون عظيم - ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وان قال أردت أن أجعل لها جوابا دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان أكلت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما جميعا سواء تقدم الأكل أو تأخر لان الواو للعطف ولا تقتضي ترتيبا ، وان قال ان أكلت أو لبست فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما لان أو لأحد الشيئين وكذلك ان قال ان أكلت أو إن لبست أولا أكلت ولا لبست وان قال أنت طالق لا أكلت ولبست لم تطلق إلا بفعلها إلا على الرواية التي تقول يحنث بفعل بعض المحلوف عليه فانه يحنث بأحدهما ههنا ، وان قال أنت طالق ان أكلت فلبست أو ان

(فصل) اذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لان لفظه عام وان قالت له طلق نساءك فقال نسائي طوالق فكذلك وحكي عن مالك ان السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب يقتصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها

ولنا ان اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان ذلك الحكم هو للفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه، وكذلك لو كان اخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب ، فأما ان اخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين وقيل في الحكم وقيل في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لانه يخالف الظاهر من وجهين ولانها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز اخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضي يحتمل ان لا تطلق لان لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

أكلت ثم لبست لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس لان الفاء وثم للترتيب ، وان قال أنت طالق ان أكلت اذا لبست أو ان أكلت متى لبست أو ان أكلت ان لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل لان اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالاكل بعد اللبس ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لانه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله ، والشرط يتقدم المشروط قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال ان سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي اذا كان الشرط باذا كقولنا وفيما اذا كان بان مثل قوله ان شربت ان أكلت انها تطلق بوجودهما كيفما وجدا لان أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما اذا كان الشرط باذا ، والصحيح الاول وليس لاهل العرف في هذا عرف فان هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن (١) كسائر مسائل هذا الفصل

(فصل) فان قال أنت طالق أن قمت بفتح الهمزة فقال أبو بكر تطلق في الحال لان أن المفتوحة

(١) في نسخة عند أهل اللسان

﴿ باب الطلاق في الماضي والمستقبل ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال لزوجته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوي الايقاع وقع في الحال)

لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه)

فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وانما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر وقال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق وهو مذهب الشافعي لانه وصف المطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ، ووجه الاول أن الطلاق رفع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فان أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولانه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق ان قلبت الحجر ذهباً ، والحكم في قوله أنت طالق قبل أن تزوجك كما إذا قال أنت طالق أمس

﴿ مسئلة ﴾ (وحكي عن أبي بكر أنه يقع إذا قال قبل أن أتزوجك ولا يقع إذا قال أنت طالق أمس)

قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال اذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لان أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور

ليست للشرط وانما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لانك قمت أو لقيامك كقول الله تعالى (يمنون عليك أن أسلموا — وتخر الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولداً — ويخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) وقال القاضي: قياس قول أحمد انه ان كان نحويا وقع طلاقه وان لم يكن نحويا فهي للشرط لان العامي لا يريد بذلك الا الشرط ولا يعرف ان مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه. وحكي عن ابن حامد انه قال في النحوي أيضا لا يقع طلاقه بذلك الا أن ينويه لان الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعا

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع طلاقه في الحال (والثاني) يكون شرطا في حق العامي وتعليلا في حق النحوي (والثالث) يقع الطلاق الا أن لا يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده

وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار طلقت في الحال لان إذ للماضي، ويحتمل أن لا يقع لان الطلاق لا يقع في زمن ماض فأشبه قوله أنت طالق أمس

(فصل) وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا في قول عامة أهل العلم. وخرج القاضي وجها في وقوعه بوجود أحدهما بناء على أحدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئا ففعل

الوجود فانه يمكن أن يتزوجها ثانياً وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كالو قال أنت طالق قبل قدوم زيد

﴿ مسألة ﴾ (وإذا قال أردت ان زوجا قبلي طلقها أو طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتمل الصدق في ظاهر كلام أحمد)

إذا أراد الاخبار أنه كان طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لانه فسره بما يحتمله وان اراد اني كنت طلقتك أمس فكذبته ازمتها الطلقة وعليها العدة من يومها لانها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها

﴿ مسألة ﴾ (فان مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق؟ على وجهين)

بناء على اختلاف القولين في المطلق ان قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وان قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي شهر لم تطلق بغير خلاف من أصحابنا)

وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وان قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه

(مسألة) (وان قدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا وقوعه فيه لانه ايقاع للطلاق بعد عقده)

وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع عند قدومه لانه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه

بعضه وهذا بعيد جداً يخالف الاصول ، ومقتضى اللغة والعرف وعادة أهل العلم فانه لا خلاف بينهم في المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعا ، وإذا اتفق العلماء على انه لا يقع طلاقه لاخلاله بالترتيب في الشرطين المرتبين في مثل قوله إن أكلت ثم لبست فلاخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا مالو قال ان أعطيتني درهمين فانت طالق وإذا مضى شهران فانت طالق فانه لاخلاف في انها لا تطلق قبل وجودهما جميعا وكان قوله يقتضي أن يقع الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم ، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما

وقد نص أحمد على انه إذا قال ان حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت ، وأما اليمين فانه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث الا بفعل جميعه ، وفي مسئلتنا مايقتضي تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما وجعلهما شرطا للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته ، وما علق على شرط جعل جزاءاً وحكما له والجزاء لايوجد بدون شرطه ، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا

ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل شهر رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فان أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا نسلم أنه جعل الشهر شرطاً وليس فيه حرف الشرط

(مسئلة) (وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائناً ثم قدم بعد الشهر بيومين صح الخلع و بطل الطلاق)

لانه صادفها بائنا وان قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع ولها الرجوع بالعوض الا أن يكون الطلاق رجعياً لان الرجعية يصح خلعها

(فصل) فان مات أحدهما بعد عقد الصفة بيومين ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق قدكان وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه الا أن يكون الطلاق رجعياً فانه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم تقع بالطلاق ، فان قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لان الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا الا أن يكون الطلاق رجعيا وتموت في عدتها

(مسئلة) (وان قال أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال)

لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع لاوله ، وان قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك وان قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وانما يقع ذلك في الجزء الذي

﴿ فصول في تعليق الطلاق ﴾

اذا قال لامرأته ان حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصدقها طلقت وان كذبها ففيه روايتان (احداهما) يقبل قولها لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله تعالى قال (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه وصار هذا كما قال الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولانه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها

(والرواية الثانية) لا يقبل قولها ويختبرها النساء بادخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا ، قال احمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء فتعطى قطنة وتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد ، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لان الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب واول أحمد انما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل يعتبر يمينها اذا قلنا القول قولها ? على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق

يليه الموت لان ذلك تصغير يقتضي الجزء الصغير الذي يبقى وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يا أيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقيني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا وان لم يضربه وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر فقال القاضي تتعلق الصفة بأولهما موتا لان اعتباره بالثاني يفضي الى وقوعه بعد موت الاول واعتباره بالاول لا يفضي الى ذلك فكان أولى

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق بعد موتي او مع موتي لم تطلق نص عليه احمد)

وكذلك ان قال بعد موتك او مع موتك وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت احدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج امة ابيه ثم قال اذا مات ابي او اشتريتك فأنت طالق فمات ابوه او اشتراها لم يقع الطلاق)

اختاره القاضي لانه بالموت والشراء يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال انت طالق مع موتي ويحتمل ان تطلق اختاره ابو الخطاب لان الموت سبب ملكها وطلاقها

نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الاخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لانها مؤتمنة على نفسها ولا يجعل طلاق هذه بيدها وهذا مذهب الشافعي وغيره لانها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت باقراره ، وإن قال ان حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فصدقها طلقتا باقراره ، وإن كذبها طلقت وحدها ، وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل لان معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وإنما ائتمنت على نفسها في حيضها ، وان قال قد حضت فأنكرت طلقتا باقراره ، ولو قال لامرأتيه ان حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان ، وإن صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضرتها غير مقبول في حقها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

(فصل) فان قال لاربع إن حضتن فأنتن طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان شرط طلاقهن حيض الاربع ولم يوجد ، وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق

وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه وهذا اظهر إن شاء الله تعالى .

(فصل) وان قال الاب اذا مت فأنت حرة وقال الابن إذا مات ابي فأنت طالق وكانت تخرج من من الثلث فكذلك لان بعضها ينقل الى الورثة فيملك الابن جزءاً منها فينفسخ به النكاح فيكون ذلك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فان اجاز الورثة عتقها فذكر بعض اهل العلم ان هذا ينبني على الاجازة هل هي تنفيذ او عطية مبتدأة ؟ فان قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وان قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وكذلك ان اجاز الزوج وحده عتق أبيه فان كان على الاب دين يستغرق تركته لم يعتق . قال شيخنا والصحيح ان ذلك لا يمنع نقل التركة الى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح فان كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد اداء الدين عتقت وطلقت وان لم تخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الدين كما لو استغرق الدين التركة وان اسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لان النكاح انفسخ قبل اسقاطه .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان قال انت طالق لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء

واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن

(فصل) وان قال لهن كلما حاضت احداكن أو أيتكن حاضت فضرائها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ولم تطلق هي لانه لم يثبت حيض ضرة لها وان صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة لان لكل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين ، وان صدق ثلاثاً طلقت المكذبة ثلاثاً وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين

(فصل) اذا قال لطاهر اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضا حكمنا بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضا في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض ، وان بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا فان ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به وقد سبق الكلام معه في هذا ، وإن قال لحائض اذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض

فيه او لاقتلن فلانا الميت او لاصعدن السماء او لاطيرن او ان لم اصعد السماء ونحوه طلقت في الحال وقال ابو الخطاب في موضع لا تنعقد يمينه)

وجملة ذلك انه قد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم وجعل جواب القسم جوابا له فاذا قال انت طالق لاقومن وقام لم تطلق امرأته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث هذا قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري واصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وان قام لانه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم

ولنا انه حلف برفيه فلم يحنث كما او حلف بالله تعالى وان قال انت طالق ان اخاك لعاقل وكان اخوها عاقلا لم يحنث وان لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله ان اخاك لعاقل وان شك في عقله لم يقع الطلاق لان الاصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك وان قال انت طالق لا اكلت هذا الرغيف فأكله حنث والا فلا وان قال انت طالق ما اكلته لم يحنث ان كان صادقا ويحنث ان كان كاذبا كما لو قال والله ما اكلته وان قال انت طالق لولا ابوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق وان كان كاذبا لم تطلق ولو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال انت طالق لاكرمنك طلقت في الحال ولو قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لاقومن طلقت المرأة وان قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق لقد صمت امس عتق العبد

ولو قال لطاهر اذا تطهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبي يوسف

وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسئلتين لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن اذا اسم زمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به ، ولو قال لطاهر اذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نصّ عليه أحمد لانه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك ، ولو قال لحائض اذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر وتطلق في الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية ابراهيم الحربي ، وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل

ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقربوهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمهن (فاذا تطهرن) أي اغتسلن ولانه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام موقوفا على وجود الغسل ولانها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهراً لانهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر

(فصل) فان قال لها اذا حضت حيضة فأنت طالق واذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت

رجعنا إلى مسائل الكتاب وهو ما إذا علقه على مستحيل كقوله أنت طالق لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لاقتلن الميت وقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق أو لم أبع عبدي فات العبد ولانه علق الطلاق على نفي فعل مستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني وقوع الطلاق لما ذكرناه وكذلك قوله أنت طالق لاصعدن السماء أو لاطيرن أو إن لم أصعد السماء أو أطير وذكر أبو الخطاب عن القاضي أنه لا تنعقد يمينه والصحيح أنه يحنث فان الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت) إلى قوله (وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين) ولانه لو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فاذن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه وإن صعدت السماء أو إن شاء الميت أو البهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الآخر)

إذا علق الطلاق على فعل مستحيل كالذي ذكرناه ونحوه كقوله ان جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين وسواء كان مستحيلا عقلا أو عادة كقوله ان طرت أو صعدت السماء أو قلبت الحجر ذهباً او شربت ماء النهر كله أو حملت الجبل ففيه وجهان : (أحدهما) يقع الطلاق في الحال لانه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل وكما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثاني) لا يقع ، وهو الصحيح ، ولانه علق الطلاق بصفة لم توجد

حيضة طلقت واحدة ، فاذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها ، وان قال اذا حضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها

(فصل) فان قال اذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت اذا ذهب نصف الحيضة وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق اذا حاضت نصف عادتها لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لاننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لاقل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل

(فصل) وإن قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان كقول الله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة لانه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت اضافته الى احداهما كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وانما يخرج من أحدهما ، وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان

ولان ما يقصد تبعيده يعلق على المحال . قال الله تعالى في حق الكفار (لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) . وقال الشاعر

اذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

أي لا يأتيهم أبداً ، وقيل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لانه لا وجود له فلم تتعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع ، وان علقه على المستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لان له وجودا او قد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء وكرامات الاولياء فجاز تعلق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غداً فعلى وجهين)

وقال القاضي لا تطلق ، وقال أبو الخطاب يقع في الحال لانه علقه بشرط محال ، فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو للبدعة وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد الا بعد ذهاب اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي .

(فصل) في الطلاق في زمن مستقبل .

﴿ مسئلة ﴾ (اذا قال أنت طالق غداً أو يوم السبت في رجب طلقت بأول ذلك)

حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال إن حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر لاتنعقد هذه الصفة لانها مستحيلة فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الاول أولى لان فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ وتبعيد لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد مايقع به الطلاق يقيناً وغير هذا الوجه لايحصل به اليقين فان أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه وإذ ادعى ذلك قبل منه ، واذا قال أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة ويحتمل أن لايقع الطلاق لان هذه الصفة لاتوجد فلا يوجد ماعلق عليه ويحتمل أن يقع في الحال ويلغو الشرط بناء على ماذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

(فصل) واذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات ، وان وطيء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لانها ليست لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وان وطيء اثنتين طلقتا طلقتين طلقتين وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وان وطيء واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وان لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة واذا ماتت أخرى فكذلك ، وان مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

اذا قال أنت طالق في شهر عينه كشهر رجب وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الاولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وهو شهر جمادى ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رجب لان ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال

ولنا أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق فاذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فاذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما ان قال ان لم أقضك حقك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لانه اذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لايمنع من وطء زوجته قبل الحنث . وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لان الظاهر أنه على حنث لان الحنث ترك الفعل وليس بفاعل

ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لاجل اليمين كما لو حلف لافعلت كذا ولو صح ماذكره لوجب ايقاع الطلاق ، ولو قال أنت طالق غداً أو يوم السبت وقع الطلاق في أول جزء منه لما ذكرنا

(مسئلة) (ولو قال أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر فكذلك لما ذكرنا وان قال أردت في آخره أو أوسطه أو يوم كذا من الشهر أو في النهار دون الليل قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

(احداهما) يقبل وهو الصحيح ولأن آخر الشهر منه فارادته لا تخالف ظاهر لفظه وكذلك

(فصل) فان قال ان لم تكوني حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت، وان أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لاقل من أربع سنين ولم يكن يطأها لم تطلق لانا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد، وان مضت أربع لسنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين، وان كان يطؤها وأتت بولد لا كثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت فان ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لايحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق، وان حاضت أو وجد مايدل على براءتها من الحمل طلقت، وان لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني ففيه وجهان (أحدهما) تطلق لان الاصل عدم الحمل قبل الوطء (والثاني) لا تطلق لان اليقين بقاء النكاح فلا يزول بشك واحتمال ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق وإلا استبرأها ههنا بحيضة فان وجدت الحيضة على عادتها تبينا وقوع طلاقها، وان لم تأت في عادتها كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها وان قال ان كنت حاملا فأنت طالق فهي عكس المسئلة التي قبلها ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لايقع ههنا وفي الموضع الذي لايقع ثم يقع ههنا الا أنها إذا أتت بولد لا كثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان تعين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء لان الاصل عدمه قبله ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها نص عليه احمد قال القاضي يحرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لانه

وسطه اذ ليس أوله بأولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره أولى لانه متيقن وماقبله مشكوك فيه

(والثانية) لا يقبل لانه لو أطلق لتناول أوله فأما ان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو استقبال شهر رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله أردت أوسطه أو آخره ظاهراً أو باطناً لان لفظه لايحتمله . وان قال بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه . وان قال أنت طالق أول نهار من شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو الى رمضان أو الى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل الا ان يكون من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال وان قال انت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث

(مسئلة) (وان قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة؟ على وجهين)

[أحدهما] تطلق واحدة لانها إذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده (والثاني) تطلق ثلاثا لان ذكره لأوقات الطلاق يدل على تعداده لعدم الفائدة ثم ذكر أوقاته بدون تعداده، وقيل في الاولى واحدة لما ذكرنا الوجه الاول وفي الثانية ثلاثا لان ذكره في وتكرارها يدل على تكرار الطلاق

بعلم المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال ابو الخطاب فيه رواية أخرى لايحرم الوطء لان الاصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل ، واذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكون الاستبراء بحيضة قال احمد في رواية أبي طالب اذا قال لامرأته متى حملت فأنت طالق لايقربها حتى تحيض فاذا طهرت وطئها فان تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فان لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل، وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أقراء ولأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والصحيح ماذكرناه لان المقصود معرفة براءة رحمها وقد حصل بحيضة ولهذا قال عليه السلام « لاتوطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » يعني تعلم براءتها بحيضة ولان ما يعلم به البراءة في حق الامة والحرة واحد لانه أمر حقيقي لايختلف بالحرية والرق ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لايجوز أن تعتدا بالقياس وهل تعتدا بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها ؟على وجهين أصحهما الاعتداد به لانه يحصل به مايحصل بالاستبراء بعد اليمين (والثاني) لايعتد به لان الاستبراء لايتقدم على سببه ولانه لايعتد به في استبراء الامة .قال احمد إذا قال لامرأته اذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لان الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له فاذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به

(فصل) اذا قال ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه إذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي ، وحكي القاضي فيها وجهين هذا ووجها آخر أن الطلاق لا يقع وحكي ذلك عن أبي بكر وابن سريج لان محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه

ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كموت أحدهما في اليوم وذلك لان معنى يمينه ان فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فاذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولهما موتا وما ذكروه يبطل بما لو مات أحدهما في اليوم فان محل الطلاق يفوت بموته ومع ذلك فان الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا فان قال لها أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم أو ان لم اشتر لك ثوبا اليوم ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، فان قال لها أنت طالق ان لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف في آخر اليوم في أحد الوجهين ،والوجه الآخر بعد خروج اليوم وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم لانه جعل عدم طلاقها شرطا لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط

اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وان ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وان ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا انها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها وان كانت الجارية أولهما ولادة طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وان قال لها ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان كنت حاملا بجارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية طلقت ثلاثا

وإن قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية ، ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها

(فصل) فان قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثا دفعة واحدة طلقت ثلاثا لان صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وان ولدتهم في دفعات من حمل واحد طلقت بالاولين وبانت بالثالث ولم تطلق ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن ابن حامد انها تطلق لان زمان البينونة زمن الوقوع ولا تنافي بينهما

(فصل) فان قال لعبده إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لانه قد فات بيعه وان دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لان بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وان وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لانه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفت بيعه ولو قال ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لانه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فان عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لانه قد فات بيعه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل يقع بها الطلاق؟ على وجهين).

[أحدهما] يبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لانه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطلوع فجره

(والثاني) لا يقع الطلاق لان شرطه قدوم زيد ولم يوجد الا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فان شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وههنا شرطان فلا تطلق باحدهما والاول أولى ليس هذا شرطاً إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله

ولنا أن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق بائنا فلم يقع كما لو قال إذا مت فأنت طالق وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي أنها لا تطلق فهذا أولى ، وان قال ان ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا ، وان ولدتهما في دفعتين وقع بالاول ماعلق عليه وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد، فان أشكل الاول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ولا تلزمه الثانية، والورع أن يلتزمها وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما

وان قال ان كان أول ماتلدين ذكر فأنت طالق واحدة وان كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وان ولدتهما في دفعتين وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء

(فصل) فان كان له أربع نسوة فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا وان ولدن في دفعات وقع بضرائر الاولى طلقة طلقة فاذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يقع بهن طلاق لانها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها والزوج انما علق على ولادتها طلاق ضرائرها

(والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة لانهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل

أنت طالق اليوم الذي تصلي فيه الجمعة ، وان قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ، وكذلك لو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ولو قال أنت طالق في شهر رمضان ان قدم زيد فقدم زيد فيه ففيه وجهان

[أحدهما] لا تطلق حتى يقدم زيد لان قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل مالو قال أنت طالق ان قدم زيد فانها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال إذا قدم زيد

(والثاني) أنه ان قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر وهو أصح قياساً على المسألة التي قبل هذه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق حتى يقدم لان اذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد فان لم يقدم زيد في غد لم تطلق وان قدم بعده لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد، وان ماتت غدوة وقدم بعد موتها لم تطلق لان الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل الطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم واحدة لان من طلقت اليوم فهي طالق غدا

﴿ مسألة ﴾ (فان أراد طالق اليوم وطالق غداً فتطلق طلقتين في اليومين فان قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله

واحدة من الاثنين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه وتقع بالوالدة الاولى طلقة فاذا ولدت الثالثة بانت ، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فاذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والاولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى مالم تنقض عدتها ، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضي عدتها بذلك

وان قال كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين الوالدة بوضع ولدها الا الاولى ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن ولادتهما ههنا وفي الاولى لايقع لانهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يطلقه بذلك ، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق فكذلك الا انه يقع على الاولى طلقة بولادتها، فان كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الاول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسألة الثالثة ، واذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثه وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين في المسألتين الاولتين وثلاثاثلاثا في المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضي اذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتاجميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الاولى ثانية، فان كانت كل واحدة منهما حاملا

﴿ مسألة ﴾ (وان أراد نصف طلقة اليوم ونصفها غداً فتطلق اليوم واحدة وغدا الاخرى لان النصف يكمل فيصير طلقة تامة وان قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل وجهين

[أحدهما] لا تطلق الا واحدة لانه اذا قال نصفها اليوم كملت كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لانه ما أوقعه ، وذكر القاضي هذا لاحتمال أيضا في المسألة الاولى وهو مذهب الشافعي ، ذكر أصحابه فيها الوجهين ، ويحتمل أن يقع اثنتان كالمسألة التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه)

إذا قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع طلاق إلا في أول ذلك الوقت ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تطلق في الحال لان قوله أنت طالق ايقاع في الحال وقوله الى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال لانه لا يقبل التأقيت .

ولنا أن ذلك قد روي عن ابن عباس وأبي ذر ولان هذا يحتمل أن يكون توقيتا لايقاعه كقول الرجل أنا خارج الى سنة أي بعد سنة واذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين .

باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً ثم إذا ولدت الاولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فاذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا

(فصل) واذا قال لامرأته ان كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة لان اعادته تكليم لها وشرط لطلاقها فان أعاده ثالثة طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالاولى ولا يلحقها طلاق ثان، وان أعاده رابعة طلقت الثالثة، وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك أو فتحققي ذلك حنث لانه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوي كلاما مبتدأ، وان زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو اذهبي حنث لانه كلام، وان سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه احمد لانه كلمها، وان كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها باغماء أو جنون لا تسمع أو بعيدة لا تسمع كلامه أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع أو حلف لا يكلم فلانا فكلمه ميتا لم يحنث وقال ابو بكر يحنث في جميع ذلك لقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها؟

ولنا أن التكلم فعل يتعدى الى المتكلم، وقد قيل انه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باسماعه، فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال « ما أنتم باسمع لما أقول منهم » ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها؟ حجة لنا فانهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي

[أحدهما] أنه جعل الطلاق غاية ولا غاية لآخره وانما الغاية لأوله (والثاني) ان ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك.

(فصل) فان نوى طلاقها في الحال الى سنة كذا وقع في الحال، لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله.

(فصل) وان قال أنت طالق من اليوم الى سنة طلقت في الحال لان من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فان قال أردت تكرير طلاقها من حين لفظت به الى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً اذا كانت مدخولا بها. قال أحمد اذا قال لها أنت طالق من اليوم الى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها.

(مسئلة) (وان قال أنت طالق في آخر الشهر أو أول آخره طلقت في أول جزء من آخر يوم منه لانه آخره. وان قال في آخر أوله طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله)

وقال أبو بكر تطلق في المسئلتين بغروب شمس الخامس عشر منه لان الشهر نصفان أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فان ماعدا اليوم الاول لا يسمى اول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى اوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاقه لفظه فوجب ان لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل عليه

ﷺ حكة ذلك بأمر مختص به فيبقى الامر في حق من سواه على النفي ، وان حلف لاكلمت فلانا فكلمته سكران حنث لان السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضرمن تكليمه في صحوه وان كلمته سكرانة حنث لان حكمها حكم الصاحي وان كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وان جنت هي ثم كلمته لم يحنث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم

(فصل) فان حلف لايكلم انسانا فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لأنه كلمه وانما لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه ، وان كلمه ولم يعرفه فان كانت يمينه بالطلاق حنث قال احمد في رجل حلف بالطلاق أن لايكلم حماته فرآها بالليل فقال من هذا ؟ حنث قد كلمها ، وان كانت يمينه بالله أو يمينا مكفرة فالصحيح أنه لايحنث لأنه لم يقصد تكليمه فأشبه الناسي ولأنه ظن المحلوف عليه غيره فأشبه لغير اليمين ، وان سلم عليه حنث لانه كلمه بالسلام ، وان سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لانه كلهم كلهم ، وان قصد بالسلام من عداه لم يحنث لانه انما كلم غيره وهو يسمع وان لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان (إحداهما) يحنث لانه كلمهم جميعهم وهو فيهم (والثانية) لايحنث لانه لم يقصده ويمكن حمل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعتق لانه لايعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة، فان كان الحالف إماما والمحلوف عليه مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لانه للخروج منها الا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم مالو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لايحنث بحال لان هذا لايعد تكليما ولا يريده الحالف ، وان حلف

(مسئلة) (وان قال اذا مضت سنة فأنت طالق طلقت اذا مضى اثنا عشر شهراً بالاهلة ويكمل الشهر الذي حلف الى تمام اثنى عشر شهراً بالاهلة)

لقوله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس) فان حلف في أول شهر فاذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه وان حلف في اثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالاهلة فاذا مضت أحد عشر شهراً بالاهلة نظرت ما بقي من الشهر الاول فكملت ثلاثين يوما لان الشهر اسم لما بين هلالين فان تفرق كان ثلاثين يوما، وفيه وجه آخر انه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام قال يصوم ستين يوما، وان ابتدأ من شهر فصام شهرين كانا ثمانية وخمسين يوما اجزأه وذلك لانه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب ان يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ، ووجه الاول انه امكن استيفاء أحد عشر شهراً بالاهلة فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزمه ان يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور وان قال اردت بقولي سنة اذا انسلخ ذو الحجة قبل لانه يقر على نفسه بما هو اغلظ

(مسئلة) (وان قال اذا مضت السنة فانت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة)

لايكلم فلانا فكلم انسانا وفلانا يسمع يقصد بذلك اسماعه كما قال * اياك أعنى واسمعي ياجارة * حنث نص عليه أحمد قال اذا حلف لايكلم فلانا فكلم انسانا وفلان يسمع يريد بكلامه اياه المحلوف عليه حنث لانه قد أراد تكليمه

وروي عن أبي بكرة مايدل على أنه لايحنث فانه كان حلف أن لايكلم أخاه زياداً فعزم زياد على الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال إن أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والاول الصحيح لانه أسمعه كلامه يريده به فأشبه مالو خاطبه به ولان به مقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه

(فصل) فان كتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث إلا أن يكون قصد أن لايشافهه نص عليه أحمد وذكره الخرقي في موضع آخر وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولان القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب، ويحتمل أن لايحنث إلا أن ينوي ترك ذلك لان هذا ليس بتكليم حقيقة ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك الا أن ينويه فكذلك لايحنث به، ولو حلف لايكلمه فأرسل انسانا يسأل أهل العلم عن مسئلة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك، وإن حلف لايكلم امرأته فجامعها لم يحنث إلا أن تكون نيته هجرانها، قال أحمد في رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق

لانه لما عرفها بلام التعريف انصرفت الى السنة المعروفة التى آخرها ذوالحجة وان قال أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قبل لان السنة اثنا عشر شهراً حقيقة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال انت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة)

لانه يملك إيقاعه في كل سنة فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فتقع الاولى في الحال لانه جعل السنة ظرفا للطلاق فيقع في أول جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو راجعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت فان انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة له فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزوجه بها لانه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن يقع في أولها فمنع منه كونها غير محل للطلاق لعدم نكاحه حينئذ، فاذا عادت الزوجية وقع في أولها، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزوجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول السنة الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة، واختلف

أنه أن يجامعها ولا يكلمها؟ فقال أي شيء كان بدو هذا أيسوؤها أو يغيظها فان لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها ، وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لان هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه اليه إلا أن ينوي حقيقة القراءة ، قال أحمد اذا حلف لامرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفتيه فان أراد أن لا يعلم مافيه فقد علم مافيه وقرأه

(فصل) فان قال لامرأته ان بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت ان بدأتك بالكلام فعبدي حر انحلت يمينه لانه لما خاطبته بيمينها فاتته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فان بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً ، وإن بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه ان بدأها بالكلام في وقت آخر حنث لان ذلك يسمى بداية فتناولته يمينه إلا أن ينوي ترك البداية في هذا الوقت أو هذا المجلس فيتقيد به

(فصل) فان قال لامرأتيه ان كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث لان تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها

(والوجه الثاني) لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معا لانه علق طلاقها بكلامها

في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم على ما ذكرناه لانها السنة المعروفة فاذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة لقول الله تعالى (أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لانها سنة حقيقة ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين)

(أصحهما) أنه يقبل لما ذكرنا (والثانية) لا يقبل لانه يخالف الظاهر وإن قال أردت أن أبتدىء السنين من المحرم دين ولم يقبل في الحكم ذكره القاضي لانه خلاف الظاهر .قال شيخنا والاولى أنه يخرج على روايتين لانه محتمل مخالف للظاهر

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لان الوقت يسمى يوما قال الله تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره)

﴿مسئلة﴾ (وإن قدم ميتاً أو مكرهاً لم تطلق)

إذا كان محمولا لم تطلق لانه لم يقدم وإنما قدم به وهذا قول الشافعي ونقل عن أبي بكر أنه يحنث

لها فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي، وهكذا لو قال ان دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كالاول وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به، فأما ماجرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كنحو ركوبهما دابتيهما ولبسهما ثوبيهما وتقلدهما سيفيهما واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما وأشباه هذا فانه يحنث اذا وجد منهما منفردين، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث لانه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين

(فصل) فان قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال يكون فيها محمد مع خالد، وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لان قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح ماقلناه لانه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من قطعه والرفع لاينفي كونه حالا فان الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله تعالى (اقترب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون) وقال (الا استمعوه وهم يلعبون — وأخاف أن يأكله الذئب وأنتم عنه غافلون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته ، وكذلك لو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنت

لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل اليه ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام عند تحقيقه إذا أمكن فأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه، فأما إن قدم بنفسه لاكراه فعلى قول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمراً حتى إذا جاءوها) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (ادخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به، ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه وهذا فيما إذا طلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ويقيد بها

(فصل) فان قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحداً وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان القادم ممن لا يمنع القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لها أو لاحدهما أو غلام لاحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله جاهلا أو ناسياً وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك أنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق

راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال . ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) فان قال ان كلمتني الى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها ، فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول قد شئت لان مافي القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق ، وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط وانما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

على صفة ولم يكن يميناً فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس وإن كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وإن كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يمينا وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لاجلها من فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا ومتى اشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فان كان نوى ان لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لان اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج بغير اختيار منها فكانت كالمكره إذا لم يمكنها حفظه ومنعه وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو باختيارها

ولنا أنه أضاف الطلاق الى مشيئتها فأشبه ما لو قال حيث شئت ، وقال الشافعي في جميع الحروف ان شاءت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تمليك الطلاق فكان على الفور كقوله اختاري وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لاتقتضي زمانا وانما هي لمجرد الشرط فتقيد بالفور بقضية التمليك . وقال الحسن وعطاء إذا قال أنت طالق ان شئت انما ذلك لها مادامت في مجلسهما

ولنا انه تعليق الطلاق على شرط فكان على التراخي كسائر التعليق ولانه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وان مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق لان شرط الطلاق لم يوجد ، وحكي عن أبي بكر انه يقع وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لانه لاحكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لايقع لانه زائل العقل فهو كالمجنون

وقال أصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما أن ايقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو طفل لم يقع لانه كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره

(فصل) وإن حلف لا أخذ حقك مني فأكره على دفعه أو أخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم وإن وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضي لايحنث وهو مذهب الشافعي لانه ما أخذه منه وإن قال لا تأخذ حقك علي حنث لانه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لا على الاسماء ولانه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذاً لحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل) وإن كان اليمين من صاحب الحق فحلف لا اخذت حقي فالتفريع فيها كالتي قبلها فان تركها الغريم في أثناء متاع فيخرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لان هذا ليس معدوداً أخذاً ولا يبرأ بها الغريم منها ، وإن كانت اليمين لا أعطيك حقك فأخذه الحاكم منه كرها ودفعه إلى الغريم لم يحنث وان أكرهه على دفعه اليه خرج على الوجهين في المكره وان أعطاه باختياره حنث وان وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لانه أعطاه وان دفعه الى الحاكم اختياراً ليدفعه الى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه الى الغريم حنث وقال القاضي لايحنث والمذهب انه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً

لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقع الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان (أحدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة (والثاني) لايقع بها لانه حال التعليق كأنه لايقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق

(فصل) فان قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق ان شئت اليوم تقيد به فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وان علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجها أنه يقع بمشيئة أحدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فان قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فقالت قد شئت ان شاء أبي، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لانها لم تشأ فان المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قال أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت ان طلعت الشمس لم يقع، نص عليه أحمد على معنى هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم توجد منها مشيئة وانما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة، وان علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

فأشبه مالو دفعه الى وكيله فأعطاه اياه ولان الايمان على الاسباب لا على الاسماء على ماذكرناه فيما مضى

(فصل) وان قال ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما او مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج او جسم شفاف طلقت لانها رأته وان رأت خياله في ماء أو مرآة أو ضوءه على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره وان أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

(باب تعليق الطلاق بالشروط)

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الاجنبي فلو قال ان تزوجت فلانة أو ان تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها وغيره تطلق

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في هذه المسأله فالمشهور عنه انه لايقع الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي رضي الله عنه وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلى بن الحسين وشريح وغير واحد من فقهاء التابعين وروي عن أحمد رحمه الله مايدل علي وقوع الطلاق وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لانه يصح تعليقه على الاخطار فصح على

(فصل) فان قال أنت طالق الا أن تشائي أو يشاء زيد فقالت قد شئت لم تطلق وان أخرا ذلك طلقت وان جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد وكذلك ان مات فان خرس فشاء بالاشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق باشارته إذا علقه على مشيئته .

(فصل) فان قال أنت طالق واحدة الا أن تشائي ثلاثا فلم تشأ أو شاءت أقل من ثلاث طلقت واحدة وان قالت قد شئت ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق اذا شاءت ثلاثا لان الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة الا أن تشائي ثلاثا فلا تطلقي ولانه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئتها ثلاثا فكذلك اذا قال ثلاثا لانه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق الا أن تكرري بمشيئتك ثلاثا وقال القاضي فيها وجهان . [أحدهما] لا تطلق لما ذكرنا (والثاني) تطلق ثلاثا لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث اذا شاءتها كما لو قال له علي درهم الا أن يقيم البينة بثلاثة أو خذ درهما الا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار » أي ان بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائي واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحدة على قول أبي بكر وعلى قولهم لا تطلق شيئا .

حدوث الملك كالوصية والاول اصح ان شاء الله تعالى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي هذا حديث حسن وهو أحسن ماروي في هذا الباب وعن عائشة ان رسول الله ﷺ قال « لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه الدار قطني وروى أبو بكر في الشافي عن الخلال عن الرمادي عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال « لا طلاق قبل نكاح » قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولان من لا يقع طلاقه بالمباشرة لا تنعقد له صفة كالمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون اجماعا قال أبو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان الطلاق اذا وقع قبل النكاح لا يقع والرواية الاولى اصح لانه تعليق للطلاق قبل الملك فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوج الاجنبية ودخلت فان الطلاق لا يقع بغير خلاف نعلمه كذلك هذا

(مسئلة) (وان قال لاجنبية ان قمت فانت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق)

رواية واحدة لا نعلم فيه خلافا لانه لم يضفه الى زمن يقع فيه الطلاق فأشبه مالو اسلم في معدوم ولم يذكر له أجلا يوجد السلم فيه

(فصل) فان قال أنت طالق لمشيئة فلان أو لرضاه أو له طلقت في الحال لان معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه أو ليرضى به كقوله هو حر لوجه الله أو لرضى الله ، فان قال أردت به الشرط دين ،قال القاضي يقبل في الحكم لانه محتمل ، فان ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي

(فصل) فان قال أنت طالق ان أحببت أو ان أردت أو ان كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وان لم يتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وان قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فانت طالق فقالت أنا أحب ذلك فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان

[أحدهما] لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها بمحبتها له كذب معلوم فلم يصلح دليلا على ما في قلبها

(والاحتمال الثاني) أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تكون إلا بالقلب

(مسئلة) (وان علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده) لانه ازالة ملك بني على التغليب والسراية أشبه العتق

(مسئلة) (وان قال عجلت ما علقته لم يتعجل)

لانه تعلق بالشرط فلم يكن له تغييره فان أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي زوجته وقع بها الطلاق المعلق

(مسئلة) (وان قال سبق لساني بالشرط ولم اورده وقع في الحال)

لانه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة وهو يملك ايقاعه في الحال

(فصل) واذا تخلل الشرط وحكمه غيرهما تخللا منتظما كقوله انت طالق يازانية ان قمت لم يقطع التعليق وقال القاضي يحتمل ان يقطعه ويجعل كسكتة كما لو قال بينهما سبحان الله أو أستغفر الله ذكره صاحب المحرر

(مسئلة) (فان قال انت طالق ثم قال اردت ان قمت دين)

لانه أعلم بنيته وما ادعاه محتمل فأشبه مالو قال انت طالق ثم قال من وثاق ولم يقبل في الحكم نص عليه لانه يدعي خلاف ما يقتضيه اطلاق اللفظ وقال شيخنا في كتاب الكافي يخرج على روايتين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شاء الله تعالى طلقت وكذلك ان قال عبدي حر ان شاء الله تعالى عتق نص عليه احمد في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك والليث والاوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد مايدل على أن الطلاق لايقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد وقد قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول : اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله فهي طالق ؛ رواه أبو حفص باسناده وعن أبي بردة نحوه

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء الا في العتاق والطلاق ذكره ابو الخطاب وهذا نقل للاجماع ، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو اجماع ، ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه استثناء حكما في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح ، ولانه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك ان شاء الله أو تعليق على مالا سبيل الى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات والحديث لاحجة لهم فيه فان الطلاق والعتاق انشاء وليس بيمين حقيقة وان سمي بذلك فمجاز

(احداهما) لايقبل لما ذكرنا والثانية يقبل لانه يحتمل اشبه مالو قال انت طالق ثم قال اردت من وثاقي وهذا مثله والله أعلم

(فصل) وادوات الشرط ست ان واذا ومتى ومن وأي وكلما

(مسئلة) (وليس فيها مايقتضي التكرار الا كلما)

لان موضوعها للتكرار قال الله تعالى (كلما أوقدوا ناراً للحرب اطفأها الله) ولا نعلم في ذلك خلافا فأما متى ففيها وجهان

(احدهما) انها تقتضي التكرار ذكره أبو بكر لانها تستعمل للتكرار بدليل قول الشاعر

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولانها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه (الثاني) لاتقتضيه قال شيخنا وهو الصحيح لانها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي مالايقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لايمنع استعمالها في غيره مثل اذا وأي وقت فانهما يستعملان في الامرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم — واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم — واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها ؟) وقال الشاعر

قوم اذا الشر ابدى ناجذيه لهم طاروا اليه زرافات ووحدانا

لاتترك الحقيقة من أجله ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معلقا على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لاتعلم قلنا قد علمت مشيئة الله الطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال

(فصل) فان قال أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لان الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ولما ذكرناه في الفصل الاول .

(والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد لانه اذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » وفارق ما اذا لم يعلقه فانه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

(فصل) فان قال أنت طالق الا أن يشاء الله طلقت ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ، وان قال أنت طالق ان لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضاً في الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع

وكذلك أي وقت وزمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك حتى

﴿ مسئلة ﴾ (وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم فاذا اتصلت بها صارت على الفور إلا ان وفي إذا وجهان)

متى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي فان قال إن قمت أو إذا قمت أو من قام منكن أو أي وقت قمت أو متى قمت أو كلما قمت فأنت طالق فمتى قامت طلقت لوجود الشرط وإن مات أحدهما قبل وجود الشرط سقط اليمين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اتصلت بها أي بلم صارت على الفور إلا ان فانها على التراخي لانها لا تقتضي وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله)

فاذا قال إن لم تدخلي الدار فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا عند تعذر إيقاعه بالموت أو مايقوم مقامه

(مسئلة) (وفي إذا وجهان)

(أحدهما) هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لانها تستعمل شرطا بمعنى ان. قال الشاعر:

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل *

فجزم بها كما يجزم بان ولانها تستعمل بمعنى متى وان واذا احتملت الامرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال (والآخر) انها على الفور وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لانها اسم لزمن

الطلاق ويحتمل أن لايقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، وان قال أنت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لانها ان دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا أن الله لم يشأه لانه لو شاءه لوجد فان ماشاء الله كان وكذلك ان قال أنت طالق لاتدخلي الدار ان شاء الله لما ذكرناه وان أراد بالاستثناء والشرط رده الى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ماذكرنا في المنجز وان لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه الى الدخول ويحتمل أن يرجع الى الطلاق

(فصل) فان علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق ان قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على مايستحيل عادة كقوله ان طرت أو صعدت الى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حملت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان: (أحدهما) يقع الطلاق في الحال لانه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قال أنت طالق طلقة لاتقع عليك أو لاتنقص عدد طلاقك (والثاني) لايقع لانه علق الطلاق بصفة لم توجد ولان مايقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله :

اذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

مستقبل فتكون كمتي وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فان متي يجازي بها ألا ترى الى قول الشاعر

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا وكذلك أي وسائر الحروف ولم يخرجها ذلك عن كونها للفور في النفي

(فصل) وقولهم ان هذه الادوات الاربع في النفي تكون على الفور صحيح في كلما وأي ومتى فانها تعم الزمان فاذا قال كلما لم اطلقك أو أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك فانت طالق ثم مضي زمن يملك طلاقها فيه ولم يطلقها طلقت لوجود الصفة فانها اسم لوقت الفعل فيقدر بهذا ولهذا يصح السؤال به فتقول متى دخلت أو أي وقت دخلت أما من فليست من أسماء الزمان أنما تعم الاشخاص فلا يظهر لي أنها تقتضي الفور لذلك فعلى هذا اذا قال من لم اطلقها منكن فهي طالق لم تطلق واحدة منهن الا ان يتعذر طلاقها كما قلنا في ان . . اذا قال ان لم اطلقك فانت طالق فان كل واحدة منهما ليست من أسماء الزمان

(مسئلة) (وان تكرر القيام لم يتكرر الطلاق الا في كلما وفي متى في احد الوجهين وقد ذكرنا دليل الوجهين في مقتضى التكرار وعدمه)

(مسئلة) (فاذا قال اذا اكلت رمانة فانت طالق وكلما اكلت نصف رمانة فانت طالق فاكلت رمانة طلقت ثلاثا لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة فتطلق بكل نصف طلقة وبالرمانة طلقة ولو

أي لا آتيهم أبداً وقيل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لانه لا وجود له فلم تعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع ، وان علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لانه له وجود وقد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء عليهم السلام وكرامات الاولياء فجاز تعليق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده ، فاما ان علق طلاقها على نفي فعل المستحيل فقال أنت طالق ان لم تقتلي الميت أو تصعدي السماء طلقت في الحال لانه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني فوقع الطلاق كما لو قال أنت طالق ان لم أبع عبدي فمات العبد وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق في الحال لما ذكرناه ، وحكى ابو الخطاب عن القاضي أنه لا يقع طلاقه كما لو حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن فانه لا يحنث والصحيح أنه يحنث فان الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت - الى قوله - وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين) ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى

(فصل) واذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وان حلف لا شربت من هذا الاناء فصب منه في اناء آخر وشرب وكان الاناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وان كان الشرب به ممكنا لم يحنث لان الاناء الصغير آلة الشرب فتنصرف يمينه الى الشرب به بخلاف

جعل مكان كلما (ان) لم تطلق الا طلقتين بصفة النصف مرة وبالكمال مرة ولا تطلق بالنصف الآخر لانها لا تقتضي التكرار

(مسألة) (ولو علق طلاقها على صفات ثلاث فاجتمعن في عين واحدة نحو ان يقول ان رأيت رجلا فأنت طالق وان رأيت أسود فانت طالق وان رأيت فقيها فانت طالق فرأت رجلا اسود فقيها طلقت ثلاثا)

لوجود الصفات الثلاث فيه أشبه مالو رأت ثلاثة فيهم الثلاث صفات

(فصل) وهذه الحروف الستة إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف الفاء في الجزاء كقوله أنت طالق ان دخلت الدار وان تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء الى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وانما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به .

﴿مسألة﴾ (وإن قال ان لم أطلقك فأنت طالق لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية)

لان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي .

النهر والاناء الكبير فانه لاتنصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه ولو حلف لايشرب من بردى فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث وان حلف لايشرب من ماء بردي فشرب من نهر يأخذ منه حنث، ذكر نحو ذلك القاضي لان بردى اسم لمكان خاص فاذا تجاوزه إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى، واذا كانت يمينا على مائه فماؤه ماؤه حيث كان وأين نقل ولذلك لو حلف لايأكل من تمر البصرة فأكله في غيرها حنث وان اغترف من بردى باناء وتقله الى مكان آخر فشرب به حنث في المسألتين جميعا لان اغتراف للماء من بردى، ولو حلف لايشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات، وان حلف لايشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لانه اذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف واذا نكره صار للعموم فيتناول كل مايسمى فراتا وكل عذب فرات قال الله تعالى (وأسقيناكم ماء فراتا) وقال (ومايستوي البحران هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج) ومتى نوى بيمينه المحتمل الآخر انصرف اليه ويقبل منه ذلك لانه قريب لاتبعد إرادته

(فصل) ولو حلف لايشتمه ولا يكلمه في المسجد ففعل ذلك في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث وان فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث ولو حلف لايضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ففعله والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث، وان كان الحالف في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد حنث لان الشتم والكلام قول يستقل به القائل فلا يعتبر فيه حضور

فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً بعينه ولم يطلقها كان على التراخي لا يحنث بتأخره لان كل زمن يمكن أن يفعل فيه ما حلف عليه فلم يفت الوقت، فاذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لانه لايمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه يقع إذا لم يبق من حياته مايتسع لتطليقها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً، ولو قال ان لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لان تطليقه حفصة على وجه تنحل به يمينه انما يكون في حياتهم جميعاً، وكذلك إن قال إن لم أعتق عبدي أو إن لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً، فأما ان عين وقتاً بلفظه أو نيته تعين وتعلقت يمينه به

قال أحمد إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك لان الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وارادته فصار كالمصرح به في لفظه فان مبنى الايمان على النية لقول النبي ﷺ «وانما لامريء مانوى»

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لان الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق. وروى الاثرم عن أحمد مثل ذلك، وقال الانصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها

المشتوم فيوجد من الشاتم في المسجد وان لم يكن المشتوم فيه والكلام قول فهو كالشتم، وسائر الافعال المذكورة فعل متعد محله المضروب والمقتول والمشجوج فاذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضي لا يحنث، وان جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لانه لا يكون مقتولا حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لان القتل فعل القاتل ولهذا يصح الامر به والنهي عنه، قال الله تعالى (اقتلوا المشركين - ولا تقتلوا أولادكم) والامر والنهي انما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه اما الزهوق ففعل الله لا يؤمر به ولا ينهى عنه، ولا سبيل للآدمي إلا الى تعاطي سببه وهو شرط في القتل فاذا وجد تبينا أن الفعل المفضي اليه كان قتلا ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لا قتلنه فمات من جرح كان جرحه لم يبر، ولو حلف لايقتله لم يحنث بذلك أيضا، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة لان القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه فاما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد

(فصل) إذا قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت وان كانت كاذبة لم تطلق لان التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشرة من سرور أو غم، وان

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال ان طلقتك فأنت طالق، وقولهم الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الاصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا انما يقع في زمن يمكن الوطء بعده بخلاف قوله ان وطئتك فأنت طالق.

(فصل) إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها فان مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب اذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته، وإن ماتت لم يرثها وذلك لانها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الانصاري. ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه، وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانهما لا يتوارثان، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته وان ماتت لم يرثها فانه في الاول علق الطلاق على فعلها فاذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه ما لو نجزه في الحال، ووجه الاول أنه طلاق في مرض موته فمنعه ميراثها ولم يمنعها كما لو طلقها

اخبرته به أخرى لم تطلق لان السرور انما يحصل بالخبر الاول فان كانت الاولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لان السرور انما يحصل بخبرها فكان هو البشارة ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن لان من تتم على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين) ولو قال من أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق فقال القاضي هو كالبشارة لاتطلق الا المخبرة الاولى الصادقة دون غيرها لان مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الاول

ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لان الخبر يكون صدقا وكذبا وأولا ومكررا وهو اختيار أبي الخطاب والاول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل

(فصل) وإن قال أول من تقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين (أحدهما) يقع الطلاق والعتق لان الاول مالم يسبقه شيء وهذا كذلك (والثاني) لايقع طلاق ولا عتق لان الاول ماكان بعده شيء ولم يوجد ، فعلى هذا لايحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه وان قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر

ابتداء ولان الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشر له ، فأما ما ذكره عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لان تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه ، كما لو حلف عليها بترك ما لا بد لها من فعله .

(فصل) إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا نيته فهو على التراخي أيضاً لان لفظه مطلقا بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربي لتأتينكم) وقال (قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم) وذلك على التراخي ولما قال الله (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فان الآية نزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال قلت للنبي ﷺ أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت وتطوف به ؟ قال « بلى أفأخبرتك أنك آتيه العام ؟ » قلت لا قال « فانك آتيه ومطوف به » وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها فهل تطلق في الحال ؟ على وجهين) بناء على قولنا هي على الفور أو على التراخي وقد ذكرنا وجه القولين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن فيه طلاقها ثلاثا ولم يطلقها

وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قالوا في الاول لان الاول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به)

وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فانهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث لكونه أول من دخل وحده واذا لم يقل وحده فان لفظة الاول تتناول الجماعة كما ذكرنا وقال النبي ﷺ «أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين»

ولو قال : آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق

(فصل) وإذا حلف يمينا على فعل بلفظ عام وأراد به شيئا خاصا مثل ان حلف لايغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لاقربت لي فراشا وأراد ترك جماعها أو قال ان تزوجت فعبدي حر وأراد امرأة معينة أو قال إن دخل إلي رجل أو قال أحد فامرأتي طالق وأراد رجلا بعينه أو حلف لايأكل خبزا يريد خبز البر أو لا يدخل دارا يريد دار فلان أو قال ان خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى

طلقت ثلاثا) لان كلما تقتضي التكرار على ما بينا قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) فيقتضي زمن تكرار الطلاق بتكرار الصفة والصفة عدم طلاقه لها، فاذا مضى زمن يمكن فيه أن يطلقها ولم يفعل فقد وجدت الصفة فتقع واحدة وثانية وثالثة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يقع عليها طلاق

﴿ مسألة ﴾ (ولو قال العامي أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط لان العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه، وان كان نحويا وقع في الحال لان أن المفتوحة ليست للشرط إنما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لانك دخلت الدار أو لدخولك الدار ، كقوله تعالى (يمنون عليك ان أسلموا - وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا - يخرجون الرسول واياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) قال القاضي هذا التفصيل قياس المذهب ، وحكي عن الخلال أن حكم النحوي حكم العامي في أنه لا يقع طلاقه بذلك الا أن ينويه لان الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعا ، وقال أبو بكر تطلق في الحال في حقهما جميعا عملا بمقتضى اللغة ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع في الحال في حقهما جميعا كقول أبي بكر (والثاني) يكون شرطا في حق العامي وتعليلا في حق النحوي على ما ذكره القاضي (والثالث) يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط فيقبل

الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فان ذلك يسمى مشيا قال النبي ﷺ لامرأة « ثم تستمشين » ويقال شربت مشيا ومشوا اذا شرب دواء يمشيه فان يمينه في ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، قال أحمد في الظهار فيمن قال لامرأته ان قربت لي فراشا فأنت علي كظهر أمي فجاءت فقامت على فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد بن الحسن لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله لأنه خلاف الظاهر

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية التوكيد

(فصل) وان حلف يمينا عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله في الحكم لان السبب دليل على صدقه ، وان لم ينو شيئا فقد روي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب ، ذكره الخرقي فقال فان لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها فظاهر هذا ان يمينه مقصورة على محل السبب ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة

وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فانه قال فيمن قال لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لان اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع

ووجه الاول ان السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عدمها لدلالته

لأنه لا يجوز صرف الكلام عن مقتضاه إلا بقصده ، فان قال أنت طالق اذ دخلت الدار طلقت في الحال لان إذ للماضي ويحتمل أن لا يقع لان الطلاق لا يقع في زمن ماض كقوله أنت طالق أمس

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان قمت وأنت طالق طلقت في الحال لان الواو ليست جوابا للشرط فان قال أردت بها الجزاء أو أردت أني أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت دين لان ماقاله محتمل وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين)

[إحداهما] لا يقبل لأنه خلاف الظاهر (والثانية) يقبل لان قوله يحتمله وهو أعلم بمراده ، وان جعل لهذا جزاء فقال ان دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لان الواو ههنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ولو قال ان دخلت الدار طالقا فأنت طالق فدخلت وهي طالق طلقت أخرى لان هذا حال فجرى مجرى قوله ان دخلت الدار راكبة .

(فصل) فان قال ان دخلت الدار أنت طالق لم تطلق حتى تدخل ، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار بالفاء التي انما يتعلق بها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال

ولنا أنه أتى بحرف الشرط فيدل بذلك على أنه أراد التعليق وانما حذف الفاء وهي مرادة كما

عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع فانه يريد بيان الاحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال ان خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك او دعاه انسان الى غدائه فقال امرأتي طالق ان تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الاول ويحنث على الثاني ، وان حلف لعامل أن لا يخرج إلا باذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل) وان قال ان دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لانسان إن دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لان قرينة حال المتكلم تدل على انه انما يحلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضا ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضا عن السبب كما في التي قبلها

(فصل) وإذا قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم لانه الحقيقة ، وحكي عنه انه لو قال اردت به الجماع لم يقبل في الحكم

ولنا أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان في العرف عبارة عن الجماع ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع في مثل قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة »

يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب، وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروه إلغاؤه ، وان قال أردت الايقاع في الحال، وقع لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ. وان قال أنت طالق وان دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لان معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة، وان زنى وان سرق، وقال ﷺ « صلهم وان قطعوك وأعطهم وان حرموك » ، وان قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين، فان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وان دخلت الاخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الاخرى أو لم تدخل ولا تطلق بالاخرى وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما ومقتضى اللغة ماقلناه، وان قال أردت جعل الثاني شرطاً لطلاقها أيضا طلقت بكل واحدة منهما لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وان قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية ، فهو على ما أراده، وان قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولهما لانه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق باحداهما أيهما كان لانه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الاول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد ، قال الفرزدق

فيجب حمله عند الاطلاق عليه كسائر الاسماء العرفية من الظعينة والراوية وأشباههما ولا يحنث حتى تغيب الحشفة في الفرج ، وان حلف ليجامعها أو لا يجامعها انصرف الى الوطء في الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وان أنزل لان مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه

وان حلف لافتضضتك فافتضها باصبع لم يحنث لان المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر وان حلف على امرأة لا يملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لان إطلاق النكاح ينصرف اليه وان كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين فهو على وطئها لان قرينة الحال صارفة عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها

(فصل) وان قال ان أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي لانها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا تخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي لانه اذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لان الامر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره ، وان قال لها إن نهيتني عن نفع أمي فانت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئا لم يحنث لان إعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرما فلا يتناوله يمينه . ويحتمل أن يحنث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه

(فصل) فان قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل ، وان خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره فقياس المذهب أنه

ولكن نصفا لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد .

(فصل) ولو قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قمت ويحكى هذا عن أبي يوسف لانها لو لم تكن للشرط لكانت لغواً ، والاصل اعتبار كلام المكلف وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه لقسم لو تعلمون عظيم - ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وإن قال أردت أن أجعل لها جوابا دين ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال إن قمت فقعدت فأنت طالق أو إن قمت ثم قعدت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد لانهما حرفا ترتيب وكذلك إن قال إن قعدت إذا قمت أو إن قعدت إن قمت لان اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالقعود بعد القيام

(فصل) وإن قال إن قمت إذا قعدت أو إن قمت إن قعدت لم تطلق حتى تقعد ثم تقوم وكذلك إن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت إن لبست أو إن أكلت متى لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم

يحنث لان ظاهر هـذه اليمين الذم من غير الحـمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل أن لا يحنث وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه ويتناوله لفظه ، وان خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما في القصد ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنها خرجت إلى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيداً فكلم زيداً وعمراً (الثاني) لا يحنث لانها ما خرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك ونقل الفضل بن زياد عن احمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أن لا يخرج من بغداد إلا لنزهة فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة فقال النزهة لا تكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما تقدم ، وقال في رجل حلف بالطلاق أن لا يأتي أرمينية إلا باذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذناً عاماً لم يحنث قال القاضي وهذا من كلام احمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان اذناً منها وله الخروج ، وان كان بلفظ عام

(فصل) فان حلف ليرحلن من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد اليها لم يحنث إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع اليها لان الحالف على الخروج والرحيل وقد فعلهما وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد اذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد مضت يمينه لا شيء عليه ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق إن لم نرحل من هذه

لانه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله والشرط يتقدم المشروط . قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتيني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي إذا كان الشرط باذا كقولنا وفيما إذا كان بان مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا قال لان أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط باذا . قال شيخنا والصحيح الاول وليس لاهل العرف في هذا عرف فان هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل اللسان والله أعلم .

﴿مسألة﴾ (وإن قال إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان)

لان الواو لا تقتضي ترتيباً ولا تطلق بوجود أحدهما لأنها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعاً وعنه أنها تطلق بوجود أحدهما وخرجه القاضي وجهاً بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه والاول أصح وهذه الرواية بعيدة جداً تخالف الاصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل

الدار ان لم يدركه الموت ولم ينو شيئا هي الى أن تموت فان رحل لم يرجع ومعنى هذا أنه ان أدركه الموت قبل امكان الرحيل لم يحنث ، وان أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما فيقع بها الطلاق في آخر أوقات الامكان ، وأما قوله ان رحل لم يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضي هجران الدار على الدوام ونقل مهنا في رجل قال لامرأته ان وهبت كذا فأنت طالق فاذا هي قد وهبت قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي هذا محمول على أنه قال ان كنت وهبته والا فلا يحنث حتى تبتدي، هبته لان اليمين تقتضي فعلا مستقبلا يحنث به وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه ونقل عنه أيضا في رجل قال لامرأته ان رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته ان أراد أن لاتدخلها حنث ، وان كان نوى اذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فان مبنى اليمين على النيات سيما والرؤية تطلق على العلم كقول الله تعالى (ألم تر كيف فعل ربك بعاد) ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لانه الذي تناوله لفظه ونقل عنه المروزي في رجل أقرض رجلا دراهم فحلف أن لا يقبلها ، وكان الرجل ميتا تعطى الورثة يعني اذا مات الحالف يعطى الورثة ولا يبرأ بيمينه لانها ليست إبراء فلا يسقط الحق بها

(فصل) ولو قال امرأتي طالق ان كنت أملك الا مائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث فان نوى أني لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك مادونها وان قال ان كنت أملك أكثر من مائة فامرأتي طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لانه صادق

العلم فانه لا خلاف بينهم في أنه إذا علق الطلاق على شرطين مرتبين في مثل قوله إن قمت فقعدت أنه لا يقع بوجود أحدهما فكذلك هنا ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتيني درهمين فأنت طالق أو إذا مضى شهران فأنت طالق فانه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً وكان قوله يقتضي الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما وقد نص أحمد رحمه الله في أنه إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق أو إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي يصوم فيه طلقت وأما اليمين فانه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه وفي مسئلتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين لتصريحه بهما وجعلها شرطا للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه كنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما والجزاء لا يوجد بدون شرطه والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا

(مسئله) (وإن قال إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما)

لان أو لاحد الشيئين ، وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست لان

(فصل) فان قال لامرأته ياطالق أنت طالق إن دخلت الدار طلقت واحدة بقوله ياطالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار ، ولو قال أنت طالق ثلاثا ياطالق ان دخلت الدار فان كانت له نية رجع اليها وإلا وقعت واحدة بالنداء وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق يازانية ان دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف ، وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط اليهما في المسئلتين فلا يقع بهما في الحال شيء ، والاولى أن يرجع الشرط الى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لايوجد ذلك فيه

(فصل) فان قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرض في الحال طلقت في الحال ، وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطلق حتى تمرض لان هذا حال والحال مفعول فيه كالظرف ويكون الرفع لحنا لان الحال منصوب وان أطلق ونصب انصرف الى الحال لان مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفا لمعرفة فيكون حالا ، وان رفع فالاولى وقوع الطلاق في الحال ويكون ذلك وصفا لطالق الذي هو خبر المبتدا وان أمكن احتمل وجهين

(أحدهما) وقوع الطلاق في الحال لان قوله أنت طالق يقتضي وقوع الطلاق في الحال فقد تيقنا وجود المقتضي وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك

أو تقتضي تعليق الجزاء على واحد من المذكور ، كقوله سبحانه (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر)

(فصل في تعليقه بالحيض) قال الشيخ رحمه (إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض لان الصفة وجدت وكذلك حكمنا أنه حيض في المنع من الصلاة والصيام فان بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانا تبينا أن الصفة لم توجد

(فصل) وإذا قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه لأنها لا تحيض حيضة إلا بذلك ولا تعتد بالحيضة التي هي فيها لأنها ليست حيضة كاملة ، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت طلقة واحدة فاذا حاضت الثانية عند طهرها وإن قال إذا حضت حيضة فانت طالق ثم اذا حضت حيضتين فانت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة)

وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أن لا يقع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لانا لا نتيقن مضي نصف الحيض الا بذلك الا أن تطهر لاقل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة ،

(والثاني) لا يقع الا في حال مرضها لان ذكره المرض في سياق الطلاق يدل على تعليقه به، وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالا

﴿ مسئلة ﴾ قال واذا قال أنت طالق اذا قدم فلان فقدم به ميتا أو مكرها لم تطلق)

أما اذا قدم به ميتا أو مكرها محمولا فلا تطلق لانه لم يقدم انما قدم به وهذا قول الشافعي، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد اذا حمل اليه ، ولو قال أنت طالق اذا دخل الطعام البلد طلقت اذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب الى غير فاعله الا مجازاً والكلام عند اطلاقه لحقيقته اذا أمكن ، وأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسه لاكراه فعلى قول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا الى جهنم زمراً حتى اذا جاءوها) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (أدخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرها وهذا فيما اذا أطلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه وتقيد بها

وحكي عن القاضي أنه يلغو قوله نصف حيضة فعلى هذا يتعلق طلاقها بأول الدم لانها لا نصف لها فيكون كقوله إذا حضت وقيل يلغو قوله نصف فهو كقوله اذا حضت حيضة ، والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة أو يوم فيكون له حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال اذا طهرت فأنت طالق وكانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر)

وهذا يحكى عن أبي يوسف ، وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من طهرها وكذلك قال في قوله اذا حضت فأنت طالق فكانت حائضاً أنها تطلق بما يتجدد من الحيض لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن اذا اسم لزمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا ، وهذا الطهر والحيض مستدام غير متجدد ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت الا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به فأما اذا قال اذا طهرت فأنت طالق وهي حائض طلقت بانقطاع الدم قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية ابراهيم الحربي وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في أنها لا تنقضي الا بالغسل

ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقربوهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمهن فاذا تطهرن أي اغتسلن ولانه قد ثبت لها أحكام الطهارات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام

(فصل) وإن قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها ، قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحدا ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان القادم ممن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله ، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لاحدهما أو غلام لاحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلا وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك لانه اذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ولم يكن يمينا فأشبه مالو علقه على طلوع الشمس ، وان كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وان كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وافاقته مثل أن يقصد طلاقها اذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يمينا ، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لاجلها عن فعل ماعلق الطلاق عليه كان يمينا ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وانما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

وقوفا على وجود الغسل ولانها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهراً لانهما ضدان على التعين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

(مسئلة) (واذا قالت قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها في أحد الروايتين بغير يمين لانها أمينة على نفسها)

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله قال (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول ماحرم الله عليها كتمانه وصار كقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ولانه معنى فيها لا يعرف الا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها (والرواية الثانية) لا يقبل قولها ويختبرها النساء بادخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا . قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء فتعطى قطنة فتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد ، قال أبو بكر وبهذا أقول لان الحيض يمكن التوصل الى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب ولعل أحمد انما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل تعتبر يمينها اذا قلنا القول قولها؟ على وجهين بناء على ما اذا ادعت أن زوجها طلقها وأنكرها

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فان كان نوى أن لا يخرج فقد حنث وان نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لان اليمين اذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالمكره اذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وان نوى فعله فقد وجد وحنث وان لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث الا اذا خرج بتفريطها في حفظه أو باختيارها

(فصل) فان حلف لاتأخذ حقك مني فأكره على دفعه اليه وأخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً ، وان أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم ، وان وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو الى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ماوجد وان أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه الى المستحق فأخذه فقال القاضي لايحنث وهو مذهب الشافعي لانه ماأخذه منه ، وان قال لاتأخذ حقك علي حنث لانه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله ابو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لاعلى الاسماء ، ولانه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذ الحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيبا) وان كانت اليمين من صاحب الحق فحلف لاأخذت حقي منك فالتفريع فيها كالتي قبلها

ولا يقبل قولها الا في حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وهذه معك لامرأة أخرى قالت قد حضت من ساعتها تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لانها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره .

(مسئلة) (ولو قال قد حضت فانكرته طلقت باقراره)

لانه أقر بما يوجب طلاقها فاشبه ما لو قال قد طلقتها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وكذبها طلقت وحدها)

لان قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة إلا أن تقيم بينة على حيضها وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم تقبل لان معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وانما اؤتمنت على نفسها في حيضها ،وإن قال قد حضت وأنكرت طلقتا باقراره .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا)

لانهما أقرتا وصدقهما فوجدت الصفة في حقهما وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهن لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان وإن كذب احداهما طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج

فان تركها الغريم في أثناء صاع في خرج ثم دفع الخرج الى الحالف فأخذه ولم يعلم انها فيه لم يحنث لان هذا ليس بمعدود أخذا ولا يبرأ به الغريم منها فان كانت اليمين لأعطينك حقك فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه الى الغريم لم يحنث ، وان أكرهه على دفعه اليه فدفعه خرج على الوجهين في المكره ، وان أعطاه باختياره حنث ، وان وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لانه أعطاه ، وان دفعه الى الحاكم اختياراً ليدفعه الى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه الى الغريم حنث وقال القاضي لايحنث وقياس المذهب أنه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً فأشبه مالو دفعه إلى وكيله فأعطاه إياه ولان الايمان على الاسباب لاعلى الاسماء على ماذكرناه فيما مضى

(فصل) فان قال ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طلقت لانها رأته وان رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره ، وان أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان الا أن يكون أراد بالثانية افهامها أن قد وقعت بها الاولى فتلزمه واحدة وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يلزمها مابعدها لانه ابتداء كلام)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية ايقاع طلقة ثانية

ضرتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضرتها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ذلك لاربع فقد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الاربع فان قلن قد حضن فصدقهن طلقن)

لانه قد وجد حيضهن بتصديقه وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان شرط طلاقهن حيض الاربع ولم يوجد وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يوجد إلا في نفسها وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق)

فقد جعل حيض كل واحدة منهن شرطاً لطلاق ضرائرها فقان قد حضن فصدقهن طلقت كل واحدة منهن لان قولهن غير مقبول عليه في طلاق غيرهن وإن صدق واحدة منهن لم تطلق لانه لا ليس لها صاحبة ثبت حيضها وطلقت ضراتها طلقة طلقة لان لهن صاحبة قد ثبت حيضها وان صدق اثنتين طلقت كل

وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وان نوى بها افهامها أن الاولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق الا واحدة وان لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي ، وقال في الآخر تطلق واحدة لان التكرار يكون للتأكيد والافهام ويحتمل الايقاع فلا توقع طلقة بالشك

ولنا أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضي الوقوع بدليل مالو لم يتقدمه مثله وانما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فاذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام اذا لم يوجد المخصص وبالاطلاق في المطلق اذا لم يوجد المقيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق الا طلقة واحدة سواء نوى الايقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا . وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طلقتان ، وان قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا اذا كان متصلا لانه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا

ولنا انه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم تقع الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلم يمكن وقوع الطلاق بها لانها غير زوجة وانما تطلق الزوجة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فيكون اجماعا

(فصل) فان قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل

واحدة منهما طلقة لان كل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت المكذبتان طلقتين طلقتين لان لكل واحدة منهما ضرتين مصدقتين وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا لان لها ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لان لكل واحدة ضرتين مصدقتين

(فصل) إذا قال لامرأتيه ان حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير ان حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان ويكون كقوله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي فاجلدوا كل واحد منهم ثمانين جلدة ، ويحتمل أن يتعلق بها الطلاق بحيض احداهما حيضة لانه لما تعذر وجود الفعل منهما وجب اضافته إلى احداهما كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وإنما يخرج من احدهما . وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان حيضة وحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال ان حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر لا تنعقد هذه الصفة لانها مستحيلة فيصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الاول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محل سائغ وتبعيداً لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد مايقع به الطلاق يقينا وغير هذا الوجه لايحصل به اليقين فان أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه واذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال أردت ان تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق للطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة

قوله نويت التوكيد لان التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل

(فصل) وكل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطالق أو فطالق وأشباه ذلك لان هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الاولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها، وأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب

ولو قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها طلقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة

(فصل) وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك ذكره القاضي وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في المسئلة السريجية ، وقال أبو بكر يقع طلقتان وهو قول أبي حنيفة لانه استحال وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها في أقرب الازمنة اليه

ويحتمل أن يقع الطلاق لان هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها ويحتمل أن يقع الطلاق في الحال ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات وإن وطيء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لانها ليس لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وإن وطيء اثنتين طلقتا طلقتين وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة وإذا ماتت أخرى فكذلك وإذا مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

(فصل في تعليقه بالحمل) قال شيخنا رحمه الله تعالى (اذا قال ان كنت حاملا فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين والا فلا)

ويعلم حملها بان تلد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين فيقع الطلاق لوجود شرطه ، وان ولدت لاكثر من أربع سنين لم تطلق لانا علمنا براءتها من الحمل وان ولدت لاكثر من ستة اشهر ولاقل من أربع سنين ولم يكن لها من يطؤها طلقت لانها كانت حاملا وان كان لها زوج يطؤها فولدت لاقل من ستة أشهر من حين وطئه طلقت لانا علمنا انه ليس من الوطء وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان يقين النكاح باق والظاهر

وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها لان قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر الى البعيد مع إمكان القريب

ولنا ان هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو اعط زيداً بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا طلاقا في زمن ماض وانما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه ولو قدر ان إحداهما موقعة في زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الاخرى وحدها وهذا تعليل القاضي لكونه لايقع الا واحدة والاول من التعليل أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف يقع طلقة لان الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء

ولنا انه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثاً، ولا نسلم ان الطلقة تقع مفردة فان الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به اذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال اذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فانها تطلق طلقتين لما ذكرنا

حدوث الولد من الوطء لان الاصل عدمه قبله

(مسألة) (وان قال ان لم تكوني حاملا فانت طالق فهي بالعكس)

ففي كل موضع يقع الطلاق في التي قبلها لا يقع ههنا وفي كل موضع لايقع ثم يقع ههنا لانها ضدها الا اذا اتت بولد لا كثر من ستة اشهر ولاقل من أربع سنين هل يقع الطلاق ههنا ؟ فيه وجهان (احدهما) تطلق لان الاصل عدم الحمل قبل الوطء والثاني لا تطلق لان الاصل بقاء النكاح

(مسألة) (ويحرم وطؤها قبل استبرائها في احدى الروايتين ان كان الطلاق بائنا نص عليه أحمد)

وكذلك يحرم في التي قبلها لاحتمال الحمل فغلب التحريم وقال القاضي يحرم الوطء وان كان الطلاق رجعيا سواء قلنا ان الرجعية مباحة أو محرمة لانه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الوطء لايحرم لان الاصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل فان استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكفي في الاستبراء حيضة قال أحمد في رواية أبي الخطاب اذا قال لامرأته متى حملت فانت طالق لا يقربها حتى تحيض فاذا طهرت وطئها فان تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فان لم يوجدن او خفي عليهن انتظر عليها تسعة اشهر غالب مدة الحمل، وذكر القاضي رواية اخرى انها تستبرأ بثلاثة قروء لانه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي قال شيخنا

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت اني أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت اني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو ان زوجا قبلي طلقها دين وهل يقبل في الحكم ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والآخر) لا يقبل (والثالث) يقبل ان كان وجد وان لم يكن وجد لم يقبل والصحيح انه اذا لم يكن وجد لا يقبل لانه لا يحتمل ما قاله

(فصل) فان قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام « فنكاحها باطل باطل باطل » وان قصد الايقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا ، وان لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينها بحرف يقتضي المغايرة فلا يكن متغايرات ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه غاير بينها وبين الاولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها، فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين (احداهما) يقبل وهي مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق

(والثانية) لا يقبل لان حرف العطف للمغايرة فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو ، وان

والصحيح ماذكرناه لان المقصود معرفة براءة رحمها وهو يحصل بحيضة بدليل قوله عليه السلام « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » يعني حتى تعلم براءتها من الحمل بحيضة ولان ما تعلم به البراءة في حق الامة والحرة واحد لانه امر حقيقي لا يختلف بالرق والحرية ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز ان يعدى بالقياس وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها ؟ على وجهين (أصحهما) الاعتداد به لانه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين (والثاني) لا يعتد به لان الاستبراء لا يتقدم على سببه ولانه لا يعتد به في استبراء الامة المملوكة قال أحمد اذا قال لامرأته اذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني اذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لان الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له فاذا وطئها اعتزلها لاحتمال ان تكون قد حملت من وطئه فطلقت به

(مسئلة) (واذا قال ان كنت حاملا بذكر فانت طالق واحدة وان كنت حاملا بانثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا لوجود الصفة)

ولو قال إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا جارية . ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها

غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها ارادة التوكيد لان كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد انما يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) ولو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لانه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الالفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وان قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقبل منه لان اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً كقوله * فألفى قولها كذبا ومينا * ويحتمل أن لا يقبل لان الواو تقتضي المغايرة فأشبه مالو كان بلفظ واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث لانه نسق وهو مثل قوله أنت طالق ثلاثا)

وبهذا قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم مايدل عليه ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وابو ثور لايقع إلا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها

ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فتكون موقعا الثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت

(فصل) في تعليقه بالولادة إذا قال إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكراً ثم أنثى طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به . ذكره أبو بكر لان العدة انقضت بوضعه فصادفها الطلاق فلم يقع كما لو قال اذا مت فانت طالق ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن ابن حامد أنها تطلق لان زمن البينونة زمن الوقوع فلا تنافي بينهما، والصحيح الاول لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي انها لا تطلق فهذا أولى فان ولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثاً لوجود الشرطين .

(مسئلة) (فان أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد فلا تلزمه الثانيـة لانه مشكوك فيه والورع أن يلتزمها)

وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، قال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما لانه يحتمل كل واحدة منهما احتمالا مساويا للاخرى فيقرع بينهما كما لو أعتق عبديه معا ثم نسيه فان قال ان كان أول ماتلدين ذكراً فانت طالق واحدة وان كان أنثى فانت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لانه لا أول فيهما فلم توجد الصفة وان ولدتهما دفعتين طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به الا على قول ابن حامد وقد ذكرناه

طالق ثلاثا أو طلقة معها طلقتان ، ويفارق ما اذا فرقها فانها لاتقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الاولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وههنا لاتقع الاولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا أو صفة لحق به ولم يقع الاول مطلقا ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك ، واذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقي لانه نسق أي غير مفترق،فان قيل انما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لانه مغير له ، والعطف لايغير فلا يقف عليه ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به ولذلك لو قال لها أنت طالق لم يقع إلا واحدة،قلنا مالم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير اما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط واما بما يمنع بعضه كالاستثناء واما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشباه هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع بها شيء آخر ، وأما إذا قال أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لاتتعلق إحداهما بالاخرى ولو تعقب احداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الاخرى ولا وجه لوقوف احداهما على الاخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع، ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لاتعلق لها بالاخرى فلا يصح قياسها عليها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا فرق بين أن تلده حيا أو ميتا)

لان الشرط ولادة ذكر أو أنثى وقد وجد،لان العدة تنقضي به وتصير به الجارية أم ولد كذلك هذا

(فصل) إذا قال ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان ولدت انثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وان ولدت انثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وان ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها إلا على قول ابن حامد وان كانت الجارية ولدت أولا طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام .

(فصل) فان كان له أربع نسوة ، فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا،وان ولدن في دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة فاذا ولدت الثانية بانت بوضع الولد ولم تطلق وهل يطلق سائرهن؟فيه احتمالان

[أحدهما] لايقع بهن طلاق لانها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائر لها والزوج إنما علق بولادتها طلاق ضرائرها .

(فصل) فان قال أنت طالق طلقتين ونصفا فهي عندنا كالتي قبلها يقع الثلاث ، وقال محمد يقع طلقتان ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت طلقت ثلاثا في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال ابو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يقع واحدة لان الطلاق المعلق اذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة

ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتي قبلها ، وان قال اذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثا وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا

(فصل) وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار ، أو ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو ان دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها وبهذا قال الشافعي ، وذهب القاضي الى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها لانها للمهلة فتكون الاولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق

(والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة طلقة لأن بين ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من الثنتين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه ، ويقع بالولادة الاولى طلقة فاذا ولدت الثالثة بانت وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فاذ قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والاولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى ما لم تنقض عدتها واذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضي عدتها بذلك ، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة منهن وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين الوالدة بوضع ولدها الا الاولى ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا وفي الأولى لا يقع لانهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق فكذلك إلا أنه لا يقع على الاولى طلقة بولادتها ، فان كانت الثانية حاملا باثنتين فوضعت الاولى منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسئلة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنتين فكذلك فتطلق الرابعة وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين في المسئلتين الاوليين وثلاثا ثلاثا في المسئلة الثالثة ثم كلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها ، قال القاضي إذا كان له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان ، فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا

ولنا أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعلق الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولان الاولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها، ولانه جعل الاولى جزاء الشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقدمها عليه كسائر نظائره، ولانه لو قال ان دخل زيد داري فأعطه درهما لم يجز أن يعطيه قبل دخوله فكذا هنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع

(فصل) وإن قال لمدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وذهب القاضي الى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما بعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاء مالم توجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً، وإن قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق ثلاثا وهو ينوي واحدة فهي ثلاث)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه

جميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الاولى ثانية فان كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضا، ثم إذا ولدت الاولى تمام حملها انقضت عدتها به، وطلقت الثانية ثلاثا فاذا وضعت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به

(فصل) في تعليقه بالطلاق اذا قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة واخرى بالصفة ان كانت مدخولا بها لانه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فاذا وجد الشرط وقع الطلاق، وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تقع الثانية لانه لا عدة عليها ولا تمكن رجعتها فلا يقع طلاقها الا بائنا ولا يقع الطلاق بالبائن فان قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد طلاقا سوى ما باشرتك به دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

[احداهما] لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ولان اخباره اياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه

(والوجه الثاني) يقبل قوله لانه يحتمل ما قاله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق، وقال أردت بالثاني التأكيد أو افهامها .

(مسئلة) (اذا قال اذا طلقتك فانت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق فقامت طلقت بقيامها

خلافا لان اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لانها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردها والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولان النية انما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله فلا يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحداً

(مسألة) قال (وان طلق واحدة وهو ينوي ثلاثا فهي واحدة)

أما اذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة لان لفظه لا يحتمل أكثر منها، فاذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا فاسد فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا تعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظ، وأما اذا قال أنت طالق ونوى ثلاثا فهذا فيه روايتان

(احداهما) لا يقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة، بيانه أن قوله أنت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر

ثم طلقت بالصفة أخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة لان الصفة تطليقة لها وتعليقه لطلاقها بقيامها اذا اتصل به القيام تطليق لها.

(مسألة) (ولو قال اولا ان قمت فانت طالق ثم قال ان طلقتك فانت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة ولم تطلق بتعليق الطلاق لانه لم يطلقها بعد ذلك)

لان هذا يقتضي ابتداء ايقاع ووقوع الطلاق هينا بالقيام انما هو وقوع بصفة سابقة تعقد الطلاق شرطا

(مسألة) (ولو قال ان قمت فانت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها ان كانت مدخولا بها لان الطلاق الواقع بها طلاقه فقد وجدت الصفة

(مسألة) (وان قال كلما طلقتك فانت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار)

فاذا قال لها بعد أنت طالق طلقت طلقتين احداهما بالمباشرة والاخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لان الثانية لم تقع بايقاعه بعد عقد الصفة لان قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق، وهذا يقتضي تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول وانما وقعت الثانية بهذا القول، وان قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فانت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لانه قد طلقها ولم تقع الثالثة فان قال لها كلما أوقعت عليك طلاقي فانت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فانت طالق، وذكر القاضي في هذه أنه اذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله اذا أوقعت عليك طلاقاً فانت طالق لم تطلق

(والرواية الثانية) إذا نوى ثلاثا وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لانه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنايات ولأنه نوى بلفظه مايحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثا ولان قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لان الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطلاق يمكن تعدده

(فصل) فان قال أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وان أطلق فهي واحدة لأنه اليقين، وان قال أنت طالق الطلاق وقع مانواه وان لم ينو شيئا فحكى فيها القاضي روايتين (إحداهما) يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا لان الالف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) أنها واحدة لأنه يحتمل أن تعود الالف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته ولان اللام في أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق - واذا عقل الصبي الطلاق - واغتسلت بالماء - وتيممت بالتراب - وقرأت العلم والحديث والفقه - هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة اليه، وهكذا لو قال لامرأته أنت الطلاق فان أحمد قال ان أراد ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي

لان ذلك ليس بايقاع منه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وفيه نظر فانه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فاذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله اذا طلقتك فانت طالق

﴿مسألة﴾ (وان قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب أو بصفة عقدها بعد ذلك أو قبله طلقت ثلاثاً لان الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة

(فصل) فان قال لها ان خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم خرجت وقع عليها طلقة بالخروج ثم وقعت عليها الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لان كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها اذا طلقتك فانت طالق ثم قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لان تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ولانه اذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فاما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة في جميع هذا . وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فان قال كلما طلقتك طلاقاً املك فيه رجعتك فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (احداهما) بالمباشرة (والاخرى) بالصفة الا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا يقع

واحدة وان لم ينو شيئا فكلام أحمد يقتضي أن تكون ثلاثا لانه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أي شيء بقي هي ثلاث ، وهذا اختيار أبي بكر ويخرج فيها انها واحدة بناء على المسئلة قبلها ووجه القولين ماتقدم ،ومما يبين انه راد بها الواحدة قول الشاعر

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

فجعل المكرر ثلاثا ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعا

(فصل) ولو قال الطلاق يلزمني أو الطلاق لي لازم فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه . ولعلهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع به مانواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وان أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم ، وان قال علي الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني لان من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق ويخرج فيه في حالة الاطلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة لان أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون أن الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق إلا واحدة فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون الا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نووا الواحدة

بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فان طلقها ثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر :قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لانا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فنسقطه بمنع وقوعه

ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فتقع التي بعدها كالاولى وامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها وان الثانية تقع وان امتنعت الرجعة لعجزه عنها وان كان الطلاق بعوض أو في غير المدخول بها لم يقع الا الطلقة التي باشرها بها لانه لا يملك رجعتها وان قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فانت طالق ثم وقع عليها طلقة بالمباشرة أو صفة طلقت ثلاثاً وعندهم لا تطلق لما ذكرنا في التي قبلها ولو قال لامرأته اذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فانت طالق فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وان قال كلما وقع عليك طلاقي أو ان وقع عليك طلاقي فانت طالق قبله ثلاثاً ثم قال أنت طالق فلا نص فيها)

وقال أبو بكر والقاضي تطلق ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنتان بالمعلق ، وهو قياس قول الشافعي وبعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق بالطلاق المنجز ويلغوا المعلق لانه طلاق في زمن ماض،وقال

(فصل) وان قال أنت طالق للسنة طلقت واحدة في وقت السنة ، وذهب أبو حنيفة الى انها تطلق ثلاثا في ثلاثة قروء بناء منه على ان هذا هو السنة وقد بينا ان طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه ، وان قال أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصبها فيه أيضا الا أن ينوي الثلاث فتكون ثلاثا لانه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التي قبلها

(فصل وان قال العجمي بهشتم لبسيار طلقت امرأته ثلاثا نص عليه أحمد لان معناه أنت طالق كثيرا ، وان قال بهشتم فحسبت طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثا فتكون ثلاثا ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لان هذا صريح وذلك صريح فهما سواء . والصحيح انه يقع ما نواه لان معناها خليتك، وخليتك يقع بها ما نواه وكذا ههنا وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها في الطلاق وتعينها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده وان قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثا فهي ثلاث لانه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير وكذلك لو قال طلقتك

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين (أحدهما) من لا يقدر على الكلام كالاخرس اذا طلق بالاشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانه لا طريق إلى الطلاق إلا بالاشارة فقامت اشارته مقام الكلام من غير نية

أبو العباس بن سريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فاثباتها يؤدي الى نفيها فلا تثبت ولان ايقاعها يفضي الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما افضى الى الدور وجب قطعه من أصله

ولنا انه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيجب ان يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ولان الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه يمنعه بالكلية وتبطل مشروعيته وتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فانا اذا قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لانه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال انت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولانه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمنع من وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي الى دور ولا غيره وان قلنا بوقوع الثلاث فوجهه انه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال انت طالق طلقة لا تلزمك ولا تنقص عدد طلاقك أو قال للآيسة انت طالق للسنة أو للبدعة وبيان استحالته ان تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لان الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو اطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فانت طالق

كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان أشار الاخرس باصابعه الثلاث الى الطلاق طلقت ثلاثا لان اشارته جرت مجرى نطق غيره ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي ، وان قال أنت طالق هكذا وأشار باصابعه الثلاث طلقت ثلاثا لان قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالاصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين وان قال أردت الاشارة بالاصبعين المقبوضتين قبل منه لانه يحتمل مايدعيه (الموضع الثاني) اذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لا يقع به طلاق ، وان نواه لانه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة ان النبي ﷺ كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فاما ان كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي الشريف في الارشاد على روايتين (احداهما) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما

يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق قبله بعده محال لا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال ان طلقتك فأنت طالق ثلاثاً لا تلزمك ثم يبطل ماذكروه بقوله اذا انفسخ نكاحك فانت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد مايفسخ نكاحها من رضاع او ردة او وطء امها أو ابنتها بشبهة فانه يرد ماذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ماذكروه ذريعة الى أن لا يقع عليها الطلاق جملة وان قال انت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو أنت طالق اليوم ثلاثا او طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعاً وذلك ان الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب ان يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ماتعلق بها لان ماتعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه اذا اعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من ثلثه الا احدهما فان سالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لان ذلك ربما ادى الى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين ان يقول فغانم معه أو قبله أو بعده او يطلق كذا ههنا

(فصل) اذا قال ان طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال ان طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معاً حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وان بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لانه اذا طلق حفصة طلقت بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ما احدث في عمرة طلاقا انما طلقت بالصفة السابقة

ذكرنا (والثانية) لا يقع الا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لان الكتابة محتملة فانه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الاهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى واذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين لانه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى، وان قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع، وان أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي ﷺ «ان الله عفا لامتي عما حدثت به أنفسها مالم تكلم أو تعمل به» فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله، ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ويحتمل أن لا يقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناويا للطلاق والخبر انما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام، وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به

(فصل) وان كتبه بشيء لايبين مثل ان كتبه باصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام احمد أنه لا يقع، وقال ابو حفص العكبري يقع، ورواه الاثرم عن الشعبى لانه كتب حروف الطلاق فأشبه مالو كتبه بشيء يبين، والاول أولى لان الكتابة التي لاتبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لايقع فههنا أولى

على تعليقه طلاقها وان بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لانه احدث فيه طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله أن طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق فان وجدا معاً بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة انت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما الا طلقة لان هذه المسئلة كالتي قبلها سواء فانه بدأ بطلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ولو قال لعمرة ان طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة ان طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة، وان طلق عمرة طلقت كل واحدة منها طلقة لانها عكس التي قبلها وذكرها بين المسئلتين القاضي في المجرد ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة، وان طلق الثانية طلقت كل واحدة منها طلقة، وان قال كلما طلقتك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت كل واحدة منها طلقة وان طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الاولى طلقة وتعليل ذلك على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

(فصل) اذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب اذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لانه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر، وان كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وان لم ينو شيئا وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظرنا فان كان استمدادا لحاجة أو عادة لم يقع طلاقه قبل وجود الشرط لانه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطا، وإن قال انني كتبته مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط وان كتب الى امرأته أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه، وان كتب اليها اذا وصلك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله اليها وان ضاع ولم يصلها لم تطلق لان الشرط وصوله، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لانه ليس بكتاب وكذلك ان انطمس مافيه لعرق أو غيره لان الكتاب عبارة عما فيه الكتابة، وان ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتابا ووصل باقيه طلقت لان الباقي كتاب وان تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لان الاسم باق فينصرف الاسم اليه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق، وان طلقت عمرة فحفصة طالق، وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها، وانما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق، وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك، وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت حفصة فيقع الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقا وطلقت به عمرة بخلاف غيرها ولو قال لزينب ان طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة أن طلقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فانت طالق ثم طلق زينب طلق الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً والدليل على أنه تطليق لحفصة انه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معاً بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها، وان قال لزينب ان طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقاً انما طلقتا بالصفة على تعليق

وان تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لان المقصود ذاهب فان قال لها اذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها اذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب فان قال أردت اذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق لاتتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول قيل له فان شهد حامل الكتاب ؟ قال لا الا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لان الكتب المثبتة للحقوق لاتثبت الا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام احمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها وان لم يشهدا به عند الحاكم لان أثره في حقها في العدة وجواز التزويج بعد انقضائها وهذا معنى يختص به لايثبت به حق على الغير فاكتفى فيه بسماعها الشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لان الخط يشبه به ويزور ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة

وذكر القاضي أنه لايصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لايغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة وهذا مذهب الشافعي والصحيح أن هذا ليس بشرط فان كتاب القاضي لايشترط فيه ذلك فهذا أولى

الطلاق بتطليقها وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لان عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لانه وقع بها بصفة أحدثها فيها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها فعاد على حفصة وعمرة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم وان طلق حفصة طلقت ثلاثاً لانها طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لانه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهم طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لانه تطليق لزينب على ما ذكرناه وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الاولى طلقت ثلاثاً وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لان تطليقه للاولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة اليها لكونه واقعا بصفة احدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقها وان طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الاولى ثلاثا والثالثة طلقة وان طلق الثالثة طلقت الاولى طلقتين وطلق كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

وقد يكون صاحب الكتاب لايعرف الكتابة وانما يستنيب فيها وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال هذا كتابي كان لها أن يشهدا به

﴿ باب الطلاق بالحساب ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لها نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين: (أحدهما) أنه اذا طلق جزءا منها (والثاني) اذا طلق جزءا من طلقة فأما الاول فانه متى طلق من المرأة جزءا من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أوسدسها أوجزءا من الف جزء منها أو جزءا معينا كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأي الا أنه ان أضافه الى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج طلقت ، وإن أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لانه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لايعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة باضافة الطلاق اليه كالسن والظفر

(فصل) وإن قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ولو قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لان وقوع الطلاق بالصفة انما يكون تطليقا مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله ان طلقتك فعبدي حر وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك الا الوقوع وحده وكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ولو قال لعبده ان اعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده ان لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لنسائه الاربع ايتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على احداهن طلاقه طلق الجميع ثلاثا)

لانه اذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبها ووقوعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن الى ان تكمل الثلاث لكل واحدة منهن

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة احرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الاربع مجتمعات او متفرقات عتق خمسة عشر عبداً) وقيل يعتق عشرة بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالاربع أربعة وهذا غير صحيح فان

ولنا أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والاعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها مايقتضي التحريم والاباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد، وفارق ماقاسوا عليه فانه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فانهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسها الطهارة

(الفصل) الثاني) اذا طلقها نصف تطليقة أو جزءا منها ، وان قل فانه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم الا داود قال : لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وابو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق وذلك لان ذكر بعض مالا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق

(فصل) فان قال أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة لان نصفي الشيء كله ، وان قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين لان ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فكمل النصف فصارا طلقتين ، وهذا وجه لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لانه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلقة ولا يصح لان إسقاط الطلاق الموقع من الاهل في المحل لا سبيل اليه وإنما الاضافة الى الطلقة الواحدة غير صحيح فلغت الاضافة

قائل هذا لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الاولى ولفظه كلما تقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات وتسقط أيضاً صفة التثنية في الثالثة والرابعة، والصحيح انه يعتق خمسة عشر عبداً لان فيهن اربع صفات هن اربع فيقع اربعة وهن أربعة آحاد وهن اثنتان واثنتان فيعتق بذلك اربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة . وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لانها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتـان وهي مع الثلاث التي قبلهـا أربع، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فانها توجد بضم الاولى الى الثانية وبضم الثانية الى الثالثة وبضم الثالثة الى الرابعة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثالثة وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة ، وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة الثلاث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لوقال كلما أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال انها تطلق ثالثة بان يضم الربع الثاني الى الربع الثالث فيصيران نصفا وكذلك في مسئلتنا لم تضم الاولى الى الرابعة

وان قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعي وجها اخر انه يقع طلقتان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء الشك وإيقاع ماأوقعه من غير زيادة فكان أولى. وان قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لان نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين . وان قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لان نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين

(فصل) وان قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة لانها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فقال أصحابنا يقع ثلاث لانه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره انها طلقات متغايرة ولانها لو كانت الثانية هي الاولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فان اهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الاول وان أعيد معرفا بالالف واللام فالثاني هو الاول كقوله تعالى (ان مع العسر يسراً * ان مع العسر يسراً) فالعسر الثاني هو الاول لاعادته معرفا واليسر الثاني غير الاول لاعادته منكراً ولهذا قيل لن يغلب عسر يسرين ، وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه الاولى

وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة لانه لم يعطف بواو العطف

فيصيران اثنين وعلى سياق هذا القول ينبغي ان يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ماقبلها ثلاث وهي مع ضمها الى الاولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ماقبلها أربع ، وفيها صفة الثلاث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات مع الاولى اثنتان ومع الثالثة اثنتان فيعتق لذلك ستة فيصير الجميع اثنين وثلاثين، قال شيخنا وما نعلم بهذا قائلا قال شيخنا ويحتمل انلا يعتق الا أربعة كما لو قال كلما اعتقت اربعة فأربعة احرار لان هذا الذي يسبق الى اذهان العامة، وهذه الا وجه التي ذكرناها مع الاطلاق، فأما ان نوى بلفظه غير مايقتضيه الاطلاق مثل ان ينوي بقوله اثنين غير الواحدة فيمينه على مانواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو جعل مكان كلما ان في المسئلة المذكورة لم يعتق الاعشرة بالواحد واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة لان إن لا تقتضي التكرار

(فصل) ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما اعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم اعتق الاثنين طلق الاربع على القول الصحيح ،وعلى القول الثاني يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة، ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فجارية من جواري حرة وكلما اعتقت اثنين فجاريتان حرتان

فيدل على أن هذه الاجزاء من طلقة غير متغايرة ولانه يكون الثاني ههنا بدلا من الاول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم يقتض المغايرة ، وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق الا طلقة، فان قال أنت طالق نصفا وثلثا وسدسا لم يقع إلا طلقة لان هذه أجزاء الطلقة الا أن يريد من كل طلقة جزءا فتطلق ثلاثا

ولو قال أنت طالق نصفا وثلثا وربعاً طلقت طلقتين لانه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل وان أراد من كل طلقة جزءا طلقت ثلاثا ، وان قال أنت طلقة أو أنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق وههنا مثله

(فصل) فان قال لأربع نسوة له أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة كذلك قال الحسن والشافعي وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكملت وان قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه احمد لان معناه أوقعت بينكن طلقة ، وان قال أوقعت بينكن طلقتين وقع بكل واحدة طلقة ذكره ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وقال ابو بكر والقاضي تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن احمد مايدل عليه فانه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن

وكلما اعتقت ثلاثة فثلاث احرار وكلما اعتقت أربعة فاربع احرار اعتق من جواريه بعدد مااعتق من عبيده في المسئلة التي ذكرنا خمس عشرة على الصحيح وقيل عشر وقيل تسع عشرة وقيل عشرون لانها مثلها ، وان اعتق خمساً فعلى القول الصحيح يعتق احدى وعشرون لان عتق الخامس عتق بهست لكونه واحدا وهو وماقبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لان ماقبل ذلك قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية وعلى القول الآخر يعتق من جواريه خمس عشرة: بالواحد واحدة وبالثاني اثنتين وبالثالث ثلاث وبالرابع اربع وبالخامس خمس

(فصل)فان قال ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وان دخلها طويل فعبدان حران وان دخلها اسود فثلاثة أعبد أحرار ، وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل اسود عتق من عبيده عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال لامرأته إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين)

لانه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعت الصفات في مجيء الكتاب فوقع بها طلقتان،فان قال اردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بالطلاق الاول دين لانه يحتمل ماقاله فيدين فيه كما لو كرر قوله انت طالق وقال أردت بالثانية افهامها والتأكيد ويقبل قوله في الحكم في احدى الروايتين لما ذكرنا والاخرى لايقبل لظاهر اللفظ والله أعلم

ثلاث تطليقات ما أرى الا قد بن منه لاننا اذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزآن من طلقتين ثم تكمل والاول أولى لانه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة، وانما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالقرد فانما تقسم برؤسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فانه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها ولان فيما ذكرناه أخذا باليقين فكان أولى من ايقاع طلقة زائدة بالشك، فان أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ماقال ابو بكر، وان قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولها يطلقن ثلاثا ثلاثا، وان قال أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان كذلك قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة طلقة وربع ثم تكمل، وكذلك ان قال ستا أو سبعا أو ثمانيا، وان قال أوقعت بينكن تسعا طلقن ثلاثا ثلاثا

(فصل) فان قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان الواو لاتقتضي ترتيبا، وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لان هذا

(فصل في تعليقه بالحلف)

اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي شرط كان الا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فانه تمليك وإذا حضت فأنت طالق فانه طلاق بدعة وإذا طهرت فأنت طالق فانه طلاق سنة وهو قول أبي حنيفة لان ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ولان الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله، وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على فعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخلي فأنت طالق، أو على تصديق خبره كقوله انت طالق لقدوم زيد أو إن لم يقدم، فاما التعليق على غير ذلك كقوله انت طالق ان طلعت الشمس أو قدوم الحاج او إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لان حقيقة الحلف القسم، وانما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو والله لافعلن أو لاأفعل أو لقد فعلت او ان لم افعل، ومالم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (فاذا قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق)

ثم قال أنت طالق ان قمت أودخلت الدار أوان لم تدخلي الدار او ان لم يكن هذا القول حقا فأنت طالق طلقت في الحال لانه حلف بطلاقها فان قال ان طلعت الشمس أو قدم الحاج فأنت طالق

يقتضي وقوع ثلاث على ماقدمنا ، وان قال أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثا الا التي لم يدخل بها فانها لا تطلق الا واحدة لأنها بانت بالاولى فلم يلحقها ما بعدها

(فصل) فان قال لنسائه أنتن طوالق ثلاثا أو طلقتكن ثلاثا طلقن ثلاثا ثلاثا نص عليه احمد لان قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثا فانه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال لها شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق)

لان الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالاعضاء الثابتة وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح نكاحها فتطلق به كالاصبع

ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة لم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فانه لا خلاف فيهما، وفارق الاصبع فانها لا تنفصل في حال السلامة ولان الشعر لا روح فيه ولا ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولان الحمل متصل بها ازانه لم تطلق بطلاقه لان مآله الى الانفصال وهذه كذلك والسن في معناهما لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير

لم تطلق في الحال على الوجه الثاني وهو قول الشافعي واختاره ابن عقيل وتطلق على الاول وهو قول أبي الخطاب وقد ذكرنا دليل القولين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان حلفت فأنت طالق وأعاده مرة اخرى طلقت واحدة لان اعادته حلف وان أعاده ثلاثا طلقت ثلاثا)

لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة اخرى وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار للكلام فيكون تأكيدا لا حلفا

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق، وقوله انه تكرار للكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى، وأما التأكيد فانه يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده وههنا ان قصد افهامها فاما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع بها أكثر منها

(مسئلة) (وان قال ان كلمتك فانت طالق واعاده ثلاثا طلقت ثلاثا) لوجود الصفة كالمسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم اعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً)

(فصل) وان أضافه الى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافا لان هذه ليست من جسمها وانما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) قيل مستودع في بطن الام وان أضافه الى الروح فقال أبو بكر لا يختلف قول احمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام ان هذه الاشياء لا تقع اذا ذكر أربعة أشياء الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه ان الروح ليست عضوا ولا شيئا يستمتع به

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق)

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لان النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك . والاصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ، ولانه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة، والورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته ان كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها ان كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها، وان شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لانه اذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل

لوجود شرطها وهو الحلف فان كانت احداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فاذا اعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن فلم يكن اعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهي غير زوجة فلم يوجد الشرط ،فان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فان جدد نكاح البائن ثم قال لها ان تكلمت فانت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لانه بهذا صار حالفا بطلاقهما وقد حلف بطلاق المدخول بها باعادة قوله في المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ، قال شيخنا ويقوى عندي انه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لانها حين اعادة المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالاضافة اليها كما لو قال لأجنبية ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لانه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها

(فصل) فان كان له امرأتان حفصة وعمرة ، فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لان هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما ، وان قال بعد ذلك ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لانه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لانه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه ،فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لانه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس

لغيره . وحكي عن شريك أنه اذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لان التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر الى ما تفتقر اليه العبادات من النية ، ولانه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها مادامت في العدة ، فان راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق لانه متيقن للتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك أنه اذا طلق وشك في عدد الطلاق فانه يبني على اليقين نص عليه احمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لايدري واحدة أم ثلاثا ? قال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي لان مازاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق ، واذا ثبت هذا فانه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة، واذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية قال الخرقي: يحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا أنه حكي عنه أنه يلزمه الاكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولهما تيقن في التحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق

(فصل) إذا قال لاحداهما إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك طلقت الثانية لان إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية، ثم ان أعاده للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ، ثم إذا أعاده للاولى لم تطلق لان الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق واحدة منهما لان ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال ذلك للأخرى طلقت الأولى)

لان التعليق حلف وقد علق طلاق ضرتها فطلق الاولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرتها فان أعاده للاولى طلقت الاخرى لذلك ، وكلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الاخرى وان كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق الاخرى باعادته لها لانه ليس بحالف بطلاقها لكونها بائنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال المدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاد ثانيا طلقت كل واحدة طلقتين) لان قوله ذلك حلف بطلاق كل واحدة منهما وحلفه بكل واحدة يقتضي طلاق اثنتين فطلقتا بحلفه بطلاق واحدة طلقة طلقة وبحلفه بطلاق الاخرى طلقة طلقة

وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فانه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول الا بغسل جميعه ، ويفارق لزوم النفقة فانها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية لانها كانت باقية ولم يتيقن زوالها، وظاهر قول غير الخرقي من أصحابنا أنه اذا راجعها حلت له وهو قول ابي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور لان التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الادنى لا يثبت فيه حكم الاعلى كمن تيقن الحدث الاصغر لا يثبت فيه حكم الاكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة، فنظير مسئلتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره فان حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا ههنا ؛ ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه فان الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن التحريم بل شاك فيه متيقن للاباحة

(فصل) إذا رأى رجلان طائرا فحلف أحدهما بالطلاق انه غراب وحلف الآخر بالطلاق انه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لان يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله لان الاصل معه واليقين في جانبه ولو كان الحالف واحداً فقال ان كان غرابا فنساؤه طوالق وان كان حماما فعبيده احرار أو قال ان كان غرابا فزينب

﴿مسئلة﴾ (وان قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة منهما طلقة)

لان حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها إلا مرة فلا تطلق إلا طلقة

(فصل) وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما، ثم ان أعاد ذلك لاحداهما طلقت الاخرى ثم ان أعاده للاخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الاخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فانها إذا بانت صارت كالاجنبية، وان قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال، ثم ان قال للاولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة، ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لان الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية، ولو قال للاولى ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للاخرى ان حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الاولى، ثم متى أعاد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الاولى ثانية وكذلك الثالثة، ولا يقع بالثانية بهذا طلاق، ولو قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لانه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الاولى ولم يحلف بطلاقها، ولو أعاد ذلك لها لم تطلق

طالق وان كان حماما فهند طالق ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه في شيء لانه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك ، فأما ان قال أحد الرجلين ان كان غرابا فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي انه يحرم عليهما لان أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه وفارق الحانث في إحدى امرأتيه لانه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا انما تحقق حنثه في واحدة غير معينة وبالنظر الى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققنا ان احداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعاً وكذلك ههنا قد علمنا ان أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الاناءين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين او لرجل واحد ، وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال اليه أبو عبيد فان ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري

واحدة منهما وسواء تقدم القول الثانية على القول الاولى أو تأخر عنه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقال ان حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة وان جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وإن قال ان حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ولما قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة ولم يتم بحلفه بطلاق زينب شيء لانه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ولو كان مكان قوله ان كلما لطلقت كل واحدة منهن ثلاثا لان كلما تقتضي التكرار ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لانه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه لطلاق واحدة شرط لطلاقهن جميعا ولو قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لان ان لا تقتضي التكرار ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وان قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة

(فصل) وان قال لزوجته ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال ان حلفت بطلاقك فعبدي

والحارث العكلي والثوري والشافعي لان كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وان اقر كل واحد منهما انه الحانث طلقت زوجتاهما بقرارهما على أنفسهما وان أقر أحدهما حنث وحده وان ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال أحدهما ان كان هذا غرابا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين فان اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لان انكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بعتق الذي اشتراه واذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه ، وان لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده واحدهما حر ولم يعلم بعينه ويرجع في تعيينه الى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب وذهب القاضي الى انه يعتق الذي اشتراه في الموضعين لان تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعي

ولنا أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فان الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا الى الاصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما وانما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فاذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما

حر طلقت ثم قال لعبده ان حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد ولو قال له ان حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولوقال لعبده ان حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاده عتق العبد

(فصل) في تعليقه بالكلام إذا قال ان كلمتك فأنت طالق فتحققي ذلك طلقت لانه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن يريد بعد انقضاء كلامي هذا أو نحوه وكذلك ان زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو قال ان قمت فأنت طالق طلقت لانه كلمها بعد اليمين الا أن ينوي كلاما مبتدأ ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لان اتيانه به يدل على ارادته الكلام المنفصل عنها وان سمعها تذكره فقال الكاذب عليه لعنة حنث نص عليه أحمد لانه كلمها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان بدأتك بالكلام فأنت طالق

فقالت ان بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه لانها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء إلا أن ينوي أنه لا يبدؤها في مرة أخرى وبقيت يمينها معلقة فان بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً وان بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ، قال شيخنا : ويحتمل أن يحنث ببدايته إياها بالكلام في وقت آخر لان الظاهر ارادته ذلك بيمينه

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال ان كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته أو حنث)

كانا له فخلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحدا فقال ان كان غرابا فعبدي حر وان لم يكن غرابا فأمتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعتق أحدهما فان ادعى أحدهما انه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) وان قال ان كان غرابا فهذه طالق وان لم يكن غرابا فهذه الاخرى طالق فطار ولم يعلم حاله فقد طلقت احداهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما لأنهما محبوستان عليه لحقه ، وذهب أصحابنا الى انه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد ، والصحيح ان القرعة لا مدخل لها ههنا لما سنذكره فيما اذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما ، فان قال هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الاخرى ، فان ادعت التي لم يعترف بطلاقها انها المطلقة فالقول قوله لانه منكر وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان كان غرابا فنساؤه طوالق وان لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فان قال كان غرابا طلق نساؤه ورق عبيده فان ادعى أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قوله وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال لم يكن

اذا كلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لانها كلمته وكذلك ان كاتبته أو راسلته إلا أن يكون قصد ألا تشافهه ، نص عليه أحمد ، وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولان القصد بالترك لكلامها اياه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالرسل والكتب ، ويحتمل أن لا يحنث الا ان ينوي ترك ذلك لان هذا القسم ليس بتكلم حقيقة ولانه لو حلف لتكلمنه لم يبرأ بذلك الا أن ينويه كذلك لا يحنث به فان أرسلت انسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أحدثت فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك

(مسئلة) (وان أشارت اليه احتمل وجهين)

(أحدهما) لا تطلق لانه لم يوجد الكلام (والثاني) تطلق لانه يحصل به مقصود الكلام والاول أولى

(مسئلة) (وان كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنوناً يسمع كلامها حنث)

لان السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه ولان المجنون يسمع الكلام أيضا ويحنث وكذلك ان كان صبيا يسمع ويعلم أنه مكلم حنث فأما ان جنت هي وكلمته لم يحنث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم وان كلمته سكرانة حنث لان حكمها حكم الصاحي وقيل لا يحنث لانه لا عقل لها

(مسئلة) (وان كلمته ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث) وقال أبو بكر يحنث لقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها

غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء. فان ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله ، وان قال لا أعلم ما الطائر؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وان وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء، وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم الا بعد موته ويمكن أن يقال على هذا أن مالا يصلح للتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولان الاماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لزوجاته احداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن)

وجملته أنه اذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فانها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة ، وبه

ولنا أن التكليم فعل يتعدى الى المكلم وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك الا باسماعه فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال «ما أنتم باسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها حجة لنا فانهم قالوا ذلك استبعادا وسؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي ﷺ ذلك بامر مختص به فيبقى الأمر فيمن سواه على النفي وإن سلمت عليه حنث لانه كلام فان كان أحدهما اماما والآخر مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لانه للخروج منها الا ان ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه كما لو سلم عليهم في غير الصلاة ، ويحتمل أن لا يحنث بحال لان هذا لا يعد تكليما ولا يريده الحالف

(فصل) فان حلف لا يكلم انساناً فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما لو قال إياك اعني واسمعي ياجارة حنث نص عليه أحمد فقال اذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انساناً وهو يسمع يريد بكلامه اياه المحلوف عليه حنث لانه قد أراد تكليمه ، وروي عن أبي بكرة مايدل على أنه لا يحنث فانه حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فاراد زياد الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال ان أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والاول أصح لانه أسمعه كلامه يريده به فأشبه ما لو خاطبه به ولان مقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه

قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لانه استيفاء ما ملكه

ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا مخالف لهما في الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ، وقد ثبت الاصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولان الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد اذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر باحدى نسائه والبداية باحداهن في القسم وكالشريكين اذا اقتسما ، ولانه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية ، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعا أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها قولهم إنه كان يملك الايقاع والتعيين قلنا ملكه التعيين بالايقاع لا يلزم أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها لانه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه وان قال انما أردت فلانة قبل منه لانه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق

(فصل) واذا قال لنسائه احداكن طالق غداً فجاء غد طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ،

(فصل) فان حلف لا يكلم امرأته فجامعها لم يحنث الا ان تكون نيته هجرانها قال أحمد في رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق إن له ان يجامعها ولا يكلمها فقال أي شيء كان به؟ وهذا يسوؤها أو يغبطها فان لم تكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها وان حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه حنث لان هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه اليه الا أن ينوي حقيقة القرآن قال أحمد اذا حلف لا قرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفتيه فان أراد أن يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامرأتيه ان كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة منهما واحدا طلقتا ويحتمل ان لا يحنث حتى تكلما جميعاً كل واحد منهما)

هذه المسئلة فيها وجهان (أحدهما) يحنث لان تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال ان حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها (والثاني) لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهين لاصحاب الشافعي وهو أولى ان شاء الله إذا لم تكن له نية وهكذا ان قال ان دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كذلك لان الاصل بقاء النكاح قال شيخنا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحدة به فاما ما جرت العادة بانفراد الواحدة فيه بالواحد كنحو ركبا دابتيهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما

فان مات قبل الغد ورثته كلهن ، وإن ماتت احداهن ورثها لانها ماتت قبل وقوع الطلاق فاذا جاء غد أقرع بين الميتة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً ، وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احداهما طلقت الاخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية احداكما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الاجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله اليها وهذه قد كانت محلا للطلاق وارادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كارادة الاخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الاخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق واذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فان وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه ، وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي لان له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف العتق عنه فيتعين في الباقين ، وان باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين ، فان وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسري الى باقيه ان كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه

(فصل) واذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء واماء ونوى بذلك معينة انصرف اليها وان نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن ، وان لم ينو شيئا فقال ابو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق

واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجتيهما وأشباه هذا فانه يحنث اذا وجد منهما منفردين وما لم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين فاما ان قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فانه يحنث لانه يستحيل ان تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين

(مسألة) (فان قال ان أمرتك فخالفتني فانت طالق)

فنهاها فخالفته لم يحنث الا أن ينوي مطلق المخالفة اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي لانها خالفت أمره لا نهيه، وقال أبو الخطاب يحنث اذا لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي اذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لان الامر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره وان قال لها ان نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئاً لم يحنث لان اعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرما فلا تتناوله يمينه ويحتمل أن يحنث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه .

(فصل) اذا قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد فيها مع خالد ، وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لان قوله ومحمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح الاول لانه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من فصله والرفع لا ينفي كونه حالا فان الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله (اقترب الناس حسابهم وهم في غفلة معرضون)

إماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وان تعدوا نعمة الله لا تحصوها - وأحل لكم ليلة الصيام) ولان ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم مالو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة لان لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع الا مجازاً والكلام لحقيقته مالم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لانها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة)

أكثر أصحابنا على أنه اذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد عن احمد مايدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وانما تستعمل لمعرفة الميراث فانه قال سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق؟ قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال وجماعة من روى عنه القرعة في المطلقة المنسية انما هو في التوريث فاما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذاً في المسئلة في شيئين (أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية للتوريث (والثاني) في استعمالها فيها للحل ، أما الاول فوجهه

وقوله (الا استمعوه وهم يلعبون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع امكان وصله به ولو قال ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك اذا تأخر قوله محمد مع خالد ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وانا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته وكذلك لو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) وان قال ان كلمتني الى ان يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فانت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين

(فصل في تعليقه بالاذن)

﴿ مسئلة ﴾ (اذا قال ان خرجت بغير اذني أو الا باذني أو حتى آذن لك فانت طالق ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير اذنه طلقت لخروجها بغير اذنه وعنه لا تطلق حتى ينوي الاذن في كل مرة)

لان إن لا تقتضي التكرار فتتناول الخروج في المرة الاولى

(مسئلة) (وان أذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت)

ماروى عبدالله بن حميد قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لايدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الاربع وانذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولان الحقوق اذا تساوت على وجه لايمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركا. في القسمة والعبيد في الحرية ، وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته باجنبية فلم تحل له احداها بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولان القرعة لاتزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ، ولا احتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها ، وقد قال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة : لاتحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين فحرمها مع أن الاصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فههنا أولى وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة في روزنة أو مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه وكذلك اذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسئلة الطائر وشبهها فانه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لانهن محبوسات عليه وان أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج لانها

لانها اذا لم تعلم فليس باذن لان الاذن هو الاعلام ولم يعلمها ، ويحتمل أن لا تطلق لانه يقال اذن لها ولم تعلم .

﴿مسئلة﴾ (وإن قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذني فانت طالق فخرجت الى غير الحمام طلقت سواء عدلت الى الحمام أو لم تعدل

وان خرجت تريد الحمام وغيره ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لانها خرجت الى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لايكلم زيدا وعمرا (والثاني) لا يحنث لانها ما خرجت الى غير الحمام بل الخروج مشترك

﴿مسئلة﴾ (وان خرجت تريد الحمام ثم عدلت الى غيره)

فقياس المذهب أنه يحنث لان ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل أن لايحنث وهو قول الشافعي لانها لم تفعل ماحلف عليه وتناوله لفظه ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل اذا حلف بالطلاق أنه لايخرج من بغداد الا لنزهة فخرج الى النزهة ثم مر الى مكة فقال النزهة لاتكون الى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما ذكرنا وقال في رجل حلف بالطلاق ان لايأتي ارمينية الا باذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول الى أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذنا عاما لم يحنث . قال القاضي: وهذا من كلام احمد محمول

يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا اذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها ، وحل للزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة ، واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ولانها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه مالو قال احداكن طالق ، ولانه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية اشبه العتق، والصحيح ان شاء الله أن القرعة لاتدخل ههنا لما قدمناه، وفارق ماقاسوا عليه فان الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح للتعيين وفي مسئلتنا الطلاق واقع في معينة لامحالة والقرعة لاترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر في غيرها فانهن اذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لايأكل تمرة فوقعت في تمر وأشباه ذلك مما يطول ذكره لاتدخله قرعة فكذا ههنا ، وأما حديث علي فهو في الميراث لافي الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا

(فصل) فعلى قول أصحابنا اذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لامن حين ذكر وقوله في هذا مقبول لانه يقر على نفسه

على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان اذنا منها وله الخروج وان كان بلفظ عام .

(مسألة) (وان حلف لعامل ان لايخرج الا باذنه فعزل فهل تنحل يمينه؟ على وجهين)

وهذا مبني على ما اذا حلف يميناً عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين ؟ على وجهين (أحدهما) أنها تختص به لان الظاهر أنه أراده فاختصت يمينه به كما لو نواه ، فعلى هذا تنحل يمينه لانه انما حلف عليه لكونه عاملا له ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ، وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فقال فيمن قال لله علي أن لاأصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لان اللفظ دليل الحكم فيجب اعتباره في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع ووجه الاول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عمومها لدلالته عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية، وفارق لفظ الشارع فانه يريد بيان الاحكام ولا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية الى معرفة الحكم في غير محل السبب ، فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال ان خرجت فانت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه انسان الى غدائه فقال امرأتي طالق ان تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الاول ويحنث على الثاني وان حلف

وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا تبينا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق لاصريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لانها اذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين

قال احمد في رواية الميموني اذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فان أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التي طلق فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكبر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك ان المطلقة غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع اليه واحدة منهما لا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(فصل) فان قال هذه المطلقة قبل منه وان قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لانه أقر بطلاق الاولى فقبل اقراره ثم قبل اقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الاولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن ، وان قال هذه أوهذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الاولين وان قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى واحدى الاخريين وإن قال أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي هي كذلك وذكر انه قول الكسائي

لعامل ان لا يخرج الا باذنه او حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل أو طلق المرأة أو باع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل في تعليقه بالمشيئة)

إذا قال أنت طالق ان شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت لان ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيعلق الحكم بما ينطق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع به طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة وقع الطلاق اعتباراً بالنطق وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها

(مسألة) (ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي)

نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما اذا قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه اذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط انما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

ولنا أنه أضاف الطلاق الى مشيئتها فاشبه ما لو قال حيث شئت وقال الشافعي في جميع الحروف ان شئت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري

وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الاولى والثالثة ، ووجه الاول أنه عطف الثانية على الاولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة وكان الشك في الاوليين ويحتمل في هاتين المسئلتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الاولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود اليهما وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا اذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان ، فان قال هي الثالثة طلقت وحدها ، وان قال لم أطلقها طلقت الاوليان ، وإن لم يبين أقرع بين الاوليين والثالثة ، قال القاضي في المجرد وهذا أصح وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان ، فان قال هي الاولى طلقت وحدها ، وان قال ليست الاولى طلقت الآخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فان وطيء لم يكن تعيينا ، وان ماتت احداهما لم يتعين الطلاق في الاخرى ، وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق في الاخرى لانها ماتت قبل ثبوت طلاقها

ولنا أن موت احداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها ، وان قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الاوليان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فان قال هما الاوليان تعين الطلاق فيهما ، وان قال لم أطلق الاوليين تعين الآخرتان

وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لا تقتضي زمانا وانما هي لمجرد الشرط فتقيده بالفور يقتضيه وقال الحسن وعطاء في قوله انت طالق ان شئت انما ذلك ما داما في المجلس

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ويحتمل ان يقف على المجلس كالاختيار لانه تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري ، والصحيح الاول وقد ذكرنا الفرق بين الاصل والفرع فان قيد المشيئة بوقت فقال انت طالق ان شئت اليوم تقيد به فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وان علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما ، وخرج القاضي وجها انه يقع بمشيئة احدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق)

لانها لم تشأ فان المشيئة أمر حقيقي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص أحمد على هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا قال لزوجته انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان انها قد ردت الامر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم يوجد منها مشيئة انما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وان علق الطلاق

وإن قال انما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الاولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن)

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة يقسم الميراث بينهن كلهن لانهن تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لانه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولانهن قد تساوين ولا سبيل الى التعيين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبيدا في مرضه لا مال له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص . ولان توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقينا والوقف لا الى غاية حرمان لمن يستحق يقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

(فصل) فان مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وان مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها وان خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه . فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه

على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاءا) لان الصفة مشيئتهما ولا تطلق بمشيئة أحدهما لعدم وجود الشرط

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شاء زيد فمات اوجن أو خرس قبل المشيئة لم تطلق)

لان شرط الطلاق لم يوجد وحكي عن أبي بكر انه يقع ولانه علقه على شرط فوقع في الحال كما لو قال انت طالق ان شاء الله وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع اذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار ، وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لانه لا حكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لا يقع لانه زائل العقل اشبه المجنون ، وقال اصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه ، والفرق بينهما ان إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو صبي طفل لم يقع كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقع الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان

(احدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئته (والثاني)

لان علم ذلك انما يعرف من جهته ولان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها والاصل عدمه وهل يستحلف على ذلك؟ فيه روايتان . فان قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها الا ببينة ، وان شهد اثنان من ورثته انه طلقها قبلت شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لان ميراث احدى الزوجات لا يرجع الى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائرها ، وان ادعت احدى الزوجات انه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وان مات لم ترثه لاقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لاننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما اذا كان الطلاق بينهما ، فأما ان كان رجعيا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) واذا كان له أربع نسوة فطلق احداهن ثم نكح اخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الاربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات نص عليه أحمد أيضا ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة الى أن الباقي بين الاربع ، وزعم ابو عبيد انه قول أهل الحجاز

لا يقع بها لانه حال التعليق كان لا يقع الا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق الا ان يشا زيد فمات اوجن اوخرس طلقت في الحال)

لانه أوقع الطلاق وعلق عقبه بشرط ولم يوجد واما اذا خرس فشاء بالاشارة خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما بناء على وقوع الطلاق باشارته اذا علقت على مشيئته

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فشاء ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا في أحد الوجهين)

لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث إذا شاءها زيد كما لو قال له على درهم الا ان تقيم بينة بثلاثة وخذ درهما الا ان تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار » أي ان بيع الخيار يثبت الخيار فيه بعد تفرقهما والثاني لا تطلق وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق اذا شاء ثلاثاً لان الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فلا تطلقي ولانه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئته ثلاثا فكذلك اذا قال ثلاثا لانه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئة زيد الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال انت طالق الا ان يكرر زيد مشيئته ثلاثا فاما ان لم يشأ زيد أو شاء أقل من ثلاث طلقت واحدة

وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ووجه الاقوال ماتقدم

وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثا وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتي أصابها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فانه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثا فالباقيتان رجعيتان يرثنه في العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

(فصل) اذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة ، وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه بالنسبة الى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لاننا علمنا أن منهن واحدة بائنا منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها ومنعها من التزوج بغيره لاجل اشتباهها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ان عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين تبيين لما كان واقعاً ، وان مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شاء الله طلقت وان قال لامته انت حرة ان شاء الله عتقت وحكي عنه انه يقع العتق دون الطلاق)

نص أحمد رحمه الله على وقوع الطلاق والعتق في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك والليث والاوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد مايدل على ان الطلاق لا يقع ولا العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقها على مشيئة زيد ولقول النبي ﷺ « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروى ابو حمزة قال سمعت ابن عباس يقول اذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله فهي طالق رواه أبو حفص باسناده عن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وأبو سعيد قال كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا في كل شيء الا في الطلاق والعتاق ذكره ابو الخطاب وهذا نقل للاجماع فان قدرته انه قول بعضهم فقد انتشر ولم يعرف له مخالف فهو اجماع ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه انشاء حكم في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح او نقول ازالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال ابرأتك

قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق لان كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح انه يلزم كل واحدة أطول الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل انها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً الا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال لان الرجعية زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لان الاصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه الا عدلان ونقل ابن منصور عن احمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق قال لا والله انما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان لم تكن بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان نقل ابو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح لانه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وان اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه فاذا طلق ثلاثا

ان شاء الله او تعليق على ما لا سبيل الى علمه فاشبه تعليقه على المستحيلات ، والحديث لا حجة لهم فيه فان الطلاق انشاء وليس بيمين حقيقة وان سمي بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ، ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معلقا على شرط يمكن فعله وتركه ومجرد قوله انت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا فلم يكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لا نعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين اذن ان تطلق ولو سلمنا انها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال ، وحكي عن أحمد انه يقع العتق دون الطلاق وعلله أحمد رحمه الله بان العتق لله سبحانه والطلاق ليس هو لله ولا فيه قربة اليه ولانه لو قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر فهذا تعليق للحرية على الملك وهو صحيح ولان من نذر العتق لزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فكما افترقا في النذر جاز ان يفترقا في اليمين

(مسئلة) (وان قال انت طالق الا ان يشاء الله طلقت) ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فعلى وجهين)

(احدهما) يقع في الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع الطلاق

(والثاني) لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله انت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه

وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ماستطاعت وتمتنع منه إذا أرادها ، وتفتدي منه ان قدرت قال احمد لا يسعها أن تقيم معه ، وقال أيضا تفتدي منه بما تقدر عليه فان أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب ان قدرت ، وان شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن ، وقال الثوري وابو حنيفة وابو يوسف وأبو عبيد تفر منه ، وقال مالك لاتتزين له ولا تبدي له شيئا من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهي مكرهة ، وروي عن الحسن والزهري والنخعي يستحلف ثم يكون الاثم عليه ، والصحيح ماقاله الاولون لان هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجنبيات وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجا باطلا وسلمت اليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطلقة ثلاثا

(فصل) ولو طلقها ثلاثا ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد و ، قال قتادة وابو حنيفة وابو يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ترثه لأنها في حكم الزوجات ظاهراً

ولنا أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات ، وقال احمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب ، وان مات ولم يقر بطلاقها

(فصل) وان قال انت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت او لم تدخل لانها ان دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا ان الله لم يشأه لانه لو شاءه لوجد فان ماشاء الله كان وكذلك ان قال انت طالق لاتدخلي الدار ان شاء الله لما ذكرنا وان أراد بالاستثناء والشرط رده الى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ماذكرنا في المنجز وان لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه الى الدخول ويحتمل ان يرجع الى الطلاق

(مسئلة) (وان قال ان دخلت الدار فانت طالق ان شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين)

(احداهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولاينفعه الاستثناء لان الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ولماذكرناه فيما اذا قال انت طالق ان شاء الله (والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد إذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » وفارق إذا لم يعلقه فانه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

(مسئلة) (وإن قال أنت طالق لرضى زيد أو مشيئته طلقت في الحال)

لان معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أورضيه كقوله هو حر لوجه الله أولرضى الله فان قال أردت به الشرط دين قال القاضي ويقبل في الحكم لانه محتمل فان ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني لايقبل لانه خلاف الظاهر

لا ترثه لا تأخذ ماليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها قيل له فان بعض الناس قال تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فاذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد الى الاول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذلك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي التهمة في نشوزها، ولان في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لايقتل قصداً فاما ان قصدت الدفع عن نفسها فآل الى نفسه فلا اثم عليها ولا ضمان في الباطن فاما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل مالم يثبت صدقها

(فصل) قال احمد اذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد انما أوجبه لانها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريما لانها محرمة وطئا ونكاحا فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لنا الى معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئتها عالما بانني كنت طلقتها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه مايعتبر في الاقرار بالزنا

﴿مسألة﴾ قال (واذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الاول فهي عنده على مابقي من الثلاث)

(فصل) فان قال أنت طالق إن أحببت أو أردت أو كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد احببت أو اردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لايمكن الاطلاع عليها الا من قبلها فيعلق الحكم بقولها كالمشيئة ويحتمل ان يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم تتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق

(مسألة) (وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فقالت أنا أحبه)

فقد توقف أحمد رحمه الله عنها وسئل فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان (أحدهما) لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبة ذلك وخبرها بحبها له كذب معلوم فلم يصح دليلا على ما في قلبها (والاحتمال الثاني) تطلق قاله القاضي وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه الا من لفظها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تكون إلا بالقلب. قال شيخنا والاولى أنها لا تطلق إن كانت كاذبة، وهذا الاحتمال الاول والله أعلم

وجملة ذلك أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الاول فهذه ترجع اليه على طلاق ثلاث باجماع أهل العلم قاله ابن المنذر (والثاني) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه ترجع اليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه (والثالث) طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول ففي أحمد فيها روايتان (إحداهما) ترجع اليه على مابقي من طلاقها وهذا قول الاكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة وروي ذلك عن زيد وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر

(والرواية الثانية) عن احمد أنها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لان وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لان الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم مادونها

ولنا أن وطء الثاني لايحتاج اليه في الاحلال للزوج الاول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه مالو رجعت اليه قبل وطء الثاني وقولهم ان وطء الثاني يثبت الحل لايصح لوجهين (أحدهما) منع كونه مثبتا للحل أصلا وانما هو في الطلاق الثلاث غاية للتحريم

(فصل في مسائل متفرقة)

إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رئي في أول الشهر . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه لانه علق الطلاق على رؤية نفسه أشبه تعليقه على رؤية زيد

ولنا أن الرؤية في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع كما إذا قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف الى الصلاة الشرعية لا الى الدعاء وفارق رؤية زيد فانه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد لانه قد علم طلوعه إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا تطلق حتى تراه ويقبل قوله في ذلك لانها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤيته بعد الغروب فان رأت قبل ذلك لم تطلق لان هلال الشهر ماكان في أوله ولانا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول الشهر ، ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لانه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشهر فان قال أردت اذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لانه ليس بهلال ، واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل اذا استدار وقيل اذا بهر ضوؤه

(فصل) قال أحمد اذا قال لها انت طالق ليلة القدر يعتزلها اذا دخل العشر وقبل العشر أهل

بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وحتى للغاية وانما سمي النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللا تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلالا يستحق لعنا (والثاني) أن الحل انما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثا وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم إنه يهدم الطلاق قلنا بل هو غاية لتحريمه ومادون الثلاث لاتحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت الزوجة أومملوكة لان الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)

وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة ، وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فاذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر أيهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان ، وان كان تحته حرة وطلاق الامة اثنتان وان كان زوجها حراً وروي عن علي وابن مسعود أن الطلاق معتبر بالنساء فطلاق الامة اثنتان حراً كان الزوج أوعبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أوعبدا وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وابو حنيفة لماروت

المدينة يرونها في السبع عشرة الا أن الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشرة الاواخر انما أمره باجتنابها في العشر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر فى العشر الاواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن يكون هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

(مسئلة) (وان قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبرته امرأتاه طلقت الاولى منهما الا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها)

انما طلقت الاولى وحدها لان التبشير خبر صدق تتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الاولى واشترطنا صدقها لانه متى علم أنه كذب زال السرور فان كانت الثانية هي الصادقة طلقت وحدها لان السرور انما حصل بخبرها هذا اذا أخبرته احداهما بعد الاخرى ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن لان من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحاً نؤتها أجرها مرتين)

(مسئلة) (وان قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق)

فكذلك عند القاضي تطلق المخبرة الاولى ان كانت صادقة وان كانت كاذبة احتمل أن لا تطلق

عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة تطليقتان وقرؤها حيضتان » رواه ابو داو ماجة ولان المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة

ولنا أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ولان الطلاق خالص الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة ابوداود راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال الله ﷺ « طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الامة حيضتان وتتزوج الحرة ولا تتزوج الامة على الحرة » وهذا نص ولان الحر يملك أن يتزوج أربعا فملك طلقات ثلاثا كما لو كـ حرة ولاخلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنان وإنما فيما اذا كان أحد الزوجين حراً و الآخر رقيقا

(فصل) قال أحمد المكاتب عبد مابقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » ولانه يصح عتقه ولا ينكح الا ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد

وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تط فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه و المعلق عتقه بصفة لانه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد

وهو ظاهر كلام القاضي لان الظاهر من حاله أنه أراد من أعلمني ولا يحصل الا بالصدق ولذلك من بشرتني بقدومه فهي طالق لم تطلق الكاذبة وان كان السرور يحصل اذا جهل كذبها وان أخرى طلقت في قول أبي الخطاب لانها مخبرة، ولم تطلق عند القاضي الثانية ولا الكاذبة كالبشارة.

(فصل) اذا قال أول من يقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من نام منكم فهو حـ الـكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان نام واحد أو واحدة ولم يـ أحد احتمل وجهين (أحدهما) يقع الطلاق أو العتق لان الاول ما كان بعده شيء ولم يو فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييأس من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه ، و اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بمن قام في الاول بوقوعه على والـكثير قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به) وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يد- عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهم آخر لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد ة دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحد يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتق لكونه أول من دخل وحده واذا لم يقل فان لفظة الاول تتناول الجماعة كما ذكرنا، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أول من يدخل

(فصل) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم العبد اذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثا ويطلق ثلاث تطليقات وكذلك كل ما تجزأ بالحساب انما جعل له نكاح ثلاث لان عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحد فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه لان مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل في حقه ، ولان الاصل اثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق وانما خولف فيمن كمل الرق في حقه ففي من عداه يبقى على الاصل

(فصل) اذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره لانها حرمت عليه بالطلاق تحريما لا ينحل الا بزوج واصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم وهذا ظاهر المذهب ، وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس عن النبي ﷺ في المملوكين اذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لا أرى شيئا يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب ، ورواه الامام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد الاول وقال حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه

وقد قال ابن المبارك من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن مغيث ، قال ابو بكر إن صح الحديث

فقراء المهاجرين » ولو قال آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى ييئس من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق

(فصل) اذا قال ان دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لانسان ان دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لان قرينة حال المتكلم تدل على أنه انما حلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين أيضاً ويحتمل الحنث اخذاً بعموم اللفظ واعراضاً عن السبب

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب)

نقل ذلك عن احمد جماعة واختاره الخلال وصاحبه وهو قول ابي عبيد وعن احمد رواية اخرى انه لا يحنث في الطلاق والعتاق ايضاً وهو قول عطاء وعمرو بن دينار وابن ابي نجيح واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لقول الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ « ان الله تجاوز لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولانه احد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها

فالعمل عليه، وان لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول، قال احمد ولو طلق عبد زوجته الامة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان ان كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعا لم يملك الاطلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك الا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لان الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يتغير حكمهما بما يطرأ بعدهما كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث)

نص أحمد على هذا في رواية مهنا، وقال ابو عبد الله بن حامد تقع طلقتان لان معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل بل لان النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات،

وعن أحمد رواية ثالثة انه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك (والقول الثاني) للشافعي لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق ووجه الاولى ان الكفارة انما تجب لرفع الاثم ولا اثم على الناسي ولما ذكرنا من الآية والخبر واما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال انت طالق ان طلعت الشمس او قدم الحاج ولان هذا يتعلق به حق آدمي فيعلق الحكم به مع النسيان كالاتلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتاً أو لا يكلمه أو لا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتاً هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئاً أو أحاله به ففارقه ظنا منه أنه قد برىء خرج على الروايتين في الناسي والجاهل فان في الناسي روايتين والجاهل مقيس عليه)

لانه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل ذلك، وكذلك إن حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبياً أو حلف لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد للمخالفة اشبه الناسي

﴿ مسئلة ﴾ (وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث الا ان ينوي جميعه)

وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فانه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طلقة وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة ثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم انه محال قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع

(فصل) فان قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وان لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة ، قال احمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فان أراد الغلظة عليها يعني يريد ان تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه اذا لم ينو يقع واحدة وذلك لان الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافا الا أن الواحدة اذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق وما ذكروه لا يصح لان الطلاق حكم فاذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة ، وان قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أوأعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائنا ، وقال صاحباه ان قال مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ، ووجه القولين ما تقدم ، ولانه لا يملك إيقاع البينونة فانها حكم وليس ذلك اليه وانما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة

هذه الرواية ظاهر المذهب نص احمد على ذلك في رواية حنبل وصالح فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لان الكل لا يكون بعضا والبعض لا يكون كلا وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف الى عائشة فترجله وهي حائض والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد والحائض ممنوعة من اللبث فيه وروي عن النبي ﷺ أنه قال لابي بن كعب «اني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة » فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها ولان يمينه تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالاثبات وعنه أنه يحنث إلا أن ينوي جميعه حكي ذلك عن مالك وهو اختيار الخرقي لان اليمين تقتضي المنع من تخلف فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي ونظير الحلف على ترك الشيء قوله سبحانه (لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم) وقوله (لا تدخلوا بيوت النبي) لا يكون النهي ممتثلا الا بترك الدخول كله فتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه فكان مخالفا كالنهي عن الدخول والخلاف انما هو في اليمين المطلقة فأما ان نوى الجميع أوالبعض فيمينه على ما نوى وكذلك ان اقترنت به قرينة تقتضي أحد الامرين تعلقت يمينه به كمن حلف لا شربت هذا النهر أوهذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجها واحداً وفيه خلاف نذكره في موضعه بعد

سببها فيثبت ، وان أراد اثباتها بدون ذلك لم يثبت ، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع امر زائد بالشك ،وان قال أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لان أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين ، وان قال أتم الطلاق أو أكمله فواحدة الا انها تكون سنية لأنها أكمل الطلاق وأتمه

(فصل) وان قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا لان هذا يقتضي عددا ولان الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وان قال كعدد التراب او الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائنا لان الماء والتراب من أسماء الاجناس لاعدد له

ولنا ان الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى ، وان قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وان قال أنت طالق كألف أو الف فهي ثلاث . قال أحمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ان لم تكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد وانما شبهها بالالف وليس الموقع المشبه به

ولنا ان قوله كألف تشبيه بالعدد خاصة لانه لم يذكر الا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليفعلن شيئاً أو ليدخلن الدار ، لم يبرأ إلا بفعل جميعه ، والدخول إلى الدار بجملته) .

لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا لان اليمين تناولت فعل الجميع فلم يبرأ إلا بفعله كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع لان اليمين على فعل شيء اخبار بفعله في المستقبل مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يدخل داراً فادخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أولا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أولا يشرب ماء هذا الكوز فشرب بعضه خرج على الروايتين فيمن فعل بعض المحلوف عليه ، وقد ذكرناه قبل هذه المسئلة

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث رجها واحداً)

لان فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف يمينه اليه وكذلك ان قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فانه يحنث بالبعض ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وأصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع ، وان علقه على اسم جنس مضاف كقوله والله لا شربت ماء هذا النهر ، أو قال والله لا شربت الماء وهو قول

كعدد الف وفي هذا انفصال عما قال . وان قال أردت أنها طالقة كألف في صعوبتها دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وانما يدخل اذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طلقة لان ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ومحمد يقع الثلاث لانه نطق بها فلم يجز إلغاؤها

ولنا أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة فانه يدل على انه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك وان قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التي بينهما

أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر لا يحنث لان لفظه يقتضي جميعه فلم يحنث بفعل بعضه كالاداوة

ولنا أنه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت يمينه ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم وبهذا فارق ماء الاداوة فان نوى بيمينه فعل الجميع وكان في لفظه ما يقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع بلا خلاف فلو قال لا صمت يوما او لا صليت صلاة أو لا أكلت رغيفا أو قال لزوجته ان حضت حيضة فهذا وشبهه مما يدل على ارادة الجميع فوجب تعلق اليمين به

(فصل) إذا حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شربه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لان حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا يشرب من هذا الانا فصب منه في غيره وشرب

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لان الشرب يكون من مائها لا منها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذا البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ، ويفارق الكوز فان الشرب في العرف منه لانه آلة الشرب بخلاف النهر ، وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو حلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة فشرب وأكل أنه يحنث فكذا في مسئلتنا

(فصل) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لانه من ماء الفرات وان حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان

[أحدهما] يحنث لان معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعي

(والثاني) لا يحنث ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فان عنه رواية أنه يحنث

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لانه يعبر بفي عن مع كقوله (ادخلي في عبادي) تقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين فاذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وان قال أردت واحدة قبل أيضا حاسبا كان أو غير حاسب وقال القاضي اذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لانه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله فانه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريده العامي ، وان لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضي ان أطلق لم يقع إلا واحدة لان لفظ الايقاع انما هو بلفظ الواحدة ومازاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع ، وانما يقع الزائد بالقصد فاذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال ابو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم

وإنما قلنا إنه لا يحنث لان ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لا إلى الفرات ويزول باضافته اليه عن إضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات

(مسئلة) (وان حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل طعاما طبخاه فعلى روايتين)

[إحداهما] يحنث كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها (والثانية) لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه لم يلبس ثوبا كاملا ، وكذلك ان حلف لا يلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل داراً اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد ففعل ذلك هو وغيره فلبس الثوب أو دخل الدار أو أكل الطعام ففي هذا كله من الخلاف ما ذكرنا فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه ، فأما ان حلف لا يلبس مما خاطه زيد فانه يحنث بلبس ثوب خاطاه جميعا لانه لبس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد ، وان حلف لا يدخل داراً لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان بناء على ما ذكرنا

(مسئلة) (وان حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه هو وغيره حنث إلا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي لا يحنث وذكر أبو الخطاب فيه احتمالين لان كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه هو وغيره

ولنا أن زيدا اشترى نصفه وهو طعام وقد أكله فأشبه ما لو اشتراه زيد وخلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، فأما الثوب فلا نسلمه وان سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وان اشترى زيد نصفه مشاعا أو اشترى نصفه ثم اشترى آخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم ، فاما ان اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر ثم أكل أكثر من النصف حنث وجها واحداً بغير خلاف لانه أكل مما اشتراه زيد يقينا

يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لان الضرب انما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه الحساب، وانما حصل منه الايقاع في واحدة فوقعت دون غيرها

ولنا أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فاذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فان اللفظ الموضوع لا يحتاج معه الى نية، فأما ما قاله أبو حنيفة فانما ذاك في وضع الحساب في الاصل ثم صار مستعملا في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لان لفظ الايقاع انما هو لفظة واحدة وانما صار مصروفا الى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها، ولم يفرق أصحابنا في ذلك

وان أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان

[أحدهما] يحنث لانه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً (والثاني) لا يحنث لان الاصل عدم الحنث ولم يتيقن وان أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن لا يحنث وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم ما لو حلف لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى والله أعلم

﴿ باب التأويل في الحلف ﴾

ومعنى التأويل أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره فان كان الحالف ظالما لم ينفعه تأويله لقول رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » وان لم يكن ظالما نفعه تأويله نحو أن يحلف أنه أخي يريد بذلك أخوه في الاسلام أو يعني بالسقف والبناء السماء، وبالبساط والفراش الارض وبالاوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلانا أي ما ضربت رئته ولا ذكرته أي ما قطعت ذكره أو يقول جواري أحرار، يعني سفنه ونسائي طوالق يعني النساء الاقارب منه أو يقول ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجا ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية، ويعني بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفا وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والدجاجة الكبة من الغزل والفروج الدراعة والفرش صغار الابل والحصير الحبس والبارية السكين التي يبري بها، أو يقول والله ما أكلت من هذا شيئا ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله فهذا واشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه إذا عناه بيمينه فهو تأويل لانه خلاف الظاهر .

(فصل) ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال

[أحدها] أن يكون مظلوما مثل أن يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال

بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اللفظ أو لا . والظاهر انه ان كان المتكلم بذلك ممن عرفهم ان في ههنا بمعنى مع وقع به ثلاث لان كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه ارادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه، فان نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه اذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق ايقاع فلا يجوز ايقاع الواحدة مرتين فيدل على انه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث

مسلما منه ضرر فهذا له تأويله ، قال مهنا سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت ، قال ان كان المستحلف له ظالما فالنية نية صاحب الطلاق وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلفه، وروى أبو داود باسناده عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر فاخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخي فخلى سبيله فأتينا رسول الله ﷺ فذكرنا ذلك له فقال «أن كنت أصدقهم وأبرهم المسلم أخو المسلم» وقال النبي ﷺ « ان في المعاريض لمندوحة عن الكذب » يعني سعة المعاريض التي يوهم بها السامع غير ما عناه ، قال محمد بن سيرين الكلام أوسع من أن يكذب ظريف يعني لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض وخص الظريف بذلك يعني به الكيس الفطن فانه يفطن التاويل فلا حاجة به إلى الكذب

(الوجه الثاني) أن يكون الحالف ظالما كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه إلى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تاويله ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » رواه مسلم ولأنه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين اذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفا من عاقبة اليمين الكاذبة ، فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك فصار التأويل وسيلة الى جحد الحقوق ، قال ابراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فورى في يمينه إلى شيء أجزأ عنه وان كان ظالما لم يجز عنه التأويل .

(الحال الثالث) أن لا يكون ظالماً ولا مظلوما فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فانه روي أن مهنا كان عنده هو والمروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي ان يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه ، وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا يريد ليس المروذي في كفه فلم ينكره أبو عبد الله .

ولنا ان ما لفظ به قبل الاضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله علي درهم بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك قال أحمد فان قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لانه أراد رفع الاولى وايقاع الثانية فلم ترتفع الاولى ووقعت الثانية

ووجه الاول انه لو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ههنا، فعلى هذا القول ان نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان لانه قصد ايقاع طلقتين بلفظين فوقع كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وذكر القاضي احتمالا آخر انه لا يقع إلا طلقة لان اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوي به اثنتين . قال احمد ولو كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ثم قال للاخرى لا بل أنت طالق طلقتا جميعا، ووجهه انه أوقع طلاق الاولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الاخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الاولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لان الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كرر

وروي أن مهنا قال اني أريد الخروج يعني السفر إلى بلده وأحب ان تسمعني الجزء الفلاني فاسمعه اياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل انك تريد الخروج فقال له مهنا قلت لك إني أريد الخروج الآن؟ فلم ينكر عليه ، وهو مذهب الشافعي ولا نعلم في هذا خلافا أيضاً ، وروى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان اذا طلب انسان ابراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت اليه الخادم فقالت اطلبوه في المسجد ، وقد كان النبي ﷺ يمزح ولا يقول الا حقا ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ما عناه فقال لعجوز « لا يدخل الجنة عجوز » يعني أن الله ينشئهن عربا أترابا، وقال أنس ان رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله احملني فقال رسول الله ﷺ « انا حاملوك على ولد ناقة » فقال وما أصنع بولد الناقة؟ قال « وهل تلد الابل الا النوق » رواه أبوداود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها « هو الذي في عينه بياض » فقالت يارسول الله انه لصحيح العين وأراد النبي ﷺ البياض الذي حول الحدقة وقال لرجل احتضنه من ورائه « من يشتري العبد؟ » فقال يارسول الله تجدني اذا كاسدا قال « لكنك عند الله لست بكاسد » وهذا كله من التأويل والمعاريض ، وقد سماه النبي ﷺ حقاً فقال « لا أقول الا حقا » وروي عن شريح أنه خرج من عند ابن زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الامير؟ فقال تركته يأمر وينهى فلما مات قيل له كيف قلت ذلك؟ فقال تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع ، ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته أخرى فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال اشهدوا اني قد طلقت ثلاثاً فزوجوه فقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثاً قال ألم تعلموا أنه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن؟ قالوا بلى قال قد طلقت قالوا ماهذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته، ويروى عن الشعبي أنه كان في مجلس فنظر اليه رجل ظن أنه طالب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي ان له بيتا وشرفا فقيل للشعبي بعد ماذهب الرجل تعرفه ؟ فقال لا ولكنه نظر

الاخبار بها ، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الاخرى ونظيره في الاقرار مالو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له علي درهم بل دينار لزماه جميعاً

ولو قال أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة لأنها بانت الاولى فلم يقع بها ما بعدها، وان قال أنت طالق واحدة بل ثلاثا ان دخلت الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق وان نوى تعليق الثلاث حسب وقعت الواحدة في الحال وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) يتعلق الجميع بالشرط لانه بعدهما فيعود اليهما (والثاني) تقع واحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لانه انما ذكر الشرط عقيبها فتختص به

وان قال أنت طالق ان دخلت الدار بل هذه فدخلت الاولى طلقتا وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فان قال أردت أن الثانية تطلق ان دخلت الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله ، وان قال أردت انك تطلقين اذا دخلت الثانية الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله وكان طلاق الاولى وحدها معلقا على دخول كل واحدة منهما

إلي قيل فكيف اثنيت عليه؟ قال شرفه اذناه وبيته الذي يسكنه ، وروى أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من أنت فقال :

أنا ابن الذي لا ينزل الدهر قدره وإن نزلت يوما فسوف تعود

ترى الناس أفواجا على باب داره فمنهم قيام حولها وقعود

فظنوه شريفا فخلوا سبيله ثم سألوا عنه فاذا هو ابن الباقلاني ، وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا تبرأ من عثمان وعلي فقال أنا من علي وعثمان بريء فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوماً كان أوغير مظلوم لان النبي ﷺ كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة اليه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أكل تمراً فقال لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فانها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك)

مثل أن يعلم ان عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله وكذلك ان قال ان لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة ولا يحنث اذا كانت نيته ذلك، وان نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك وان أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الحالف ارادته فتنصرف يمينه اليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين عليها الى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكلا تمرا فحلف لتميزن نوى ما أكلت فأفردت كل نواة وحدها فالحكم فيها كالتي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فانه يدخل قصبا فينسجه فيه فيجلس عليها في البيت فلا يحنث)

(فصل) اذا قال أنت طالق طلقة لاتقع عليك أو طالق لا أو طالق طلقة لاينقص بها عدد طلاقك أو طالق لاشيء أو ليس بشيء طلقت واحدة لان ذلك رفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع وان قال ذلك خبراً فهو كذب لان الواحدة اذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ، وان قال أنت طالق أولا لم يقع لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج من أن يكون لفظا لايقاع ، ويخالف ماقبل ذلك فانه ايقاع ويحتمل أن يقع لان لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لكون

لانه قدقعد على بارية في بيته ولم يدخله بارية انما أدخله قصبا وليس هو بارية

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليطبخن قدراً برطل ملح ويأكل منه فلا يجد طعم الملح فانه يسلق به بيضا ويأكل منه ولا يحنث) لان الصفة وجدت

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجد فيه بيضا وتفاحا فانه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا ويأكل منه ولا يحنث) لان ذلك ليس ببيض ولا تفاح

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان على سلم فحلف لانزلت اليك ولا صعدت إلى هذه ولا أقمت مكاني ساعة) يريد إذا كان له امرأتان إحداهما في الغرفة والاخرى أسفل (فلتنزل العليا وتصعد السفلى ثم ينزل إن شاء أو يصعد فتنحل يمينه) لان الصفة لم توجد

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لاأقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فانه ينتقل إلى سلم آخر وتنحل يمينه) لانه لم يقم عليه ولا صعد فيه ولا نزل منه انما نزل أو صعد من غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لاأقمت في هذا الماء ولا خرجت منه وكان الماء جاريا لم يحنث) لان الماء المحلوف عليه جرى وصار في غيره فلم يحنث سواء أقام أو خرج لانه انما يقف في غيره أو يخرج منه ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لان الايمان عندهم تبنى على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها ، وقال القاضي في كتاب آخر : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لان إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الماء واقفا حلّ منه مكرها) لئلا ينسب اليه فعل

﴿ مسئلة ﴾ (وان استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت عنده وديعة فانه يعني بما الذي ويبر في يمينه) لانه صادق

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ما فلان ههنا وعنى موضعا معينا بر في يمينه)

لصدقه في ذلك . وقد ذكرنا ما رواه مهنا أنه كان هو والمروذي عند أحمد فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا ، يريد ليس هو في كفه فلم ينكره أبو عبد الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولو سرقت منه امرأته شيئا فحلف بالطلاق لتصدقني أسرقت مني شيئا أم لا وخانت

الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ماأوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها ، وان قال أنت طالق واحدة أولا فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي ، وقال محمد يقع واحدة لان قوله أولا يرجع الى مايليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع وليس بصحيح لان الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع اليها فصار كقوله أنت طالق أو لاشيء.

أن تصدقه فانها تقول سرقت منك ماسرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلانا أو لا وكان قد رآه فانه يعني بما رأيته ما ضربت رئته

(مسألة) (ولو حلف على امرأته لا سرقت مني شيئاً فخانته في وديعته لم يحنث)

لان الخيانة ليست بسرقة الا أن ينوي ذلك فيحنث

(فصل) ولو قال ان كانت امرأتي في السوق فعبدي حر وان كان عبدي في السوق فامرأتي طالق وكانا جميعا في السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لانه لما حنث في اليمين الاولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كما لوقال ان كلمت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لان يمينه تعلقت بعبد معين وان لم يرد عبدا بعينه لم تطلق المرأة لانه لم يبق له عبد في السوق ، ولو كان في فيها تمرة فقال أنت طالق ان أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال انه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وان نوى الجميع لم يحنث بحال

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أجامعك اليوم وأنت طالق ان اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فاذا غابت الشمس اغتسل ان لم يكن أراد بقوله اغتسلت منك المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها فقال لا يعجبني لانها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي انما كره احمد هذا لان السفر الذي يبيح الفطر السفر المباح المقصود وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح به الفطر لانه سفر بعيد مباح لقصد صحيح فان ارادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا يقصر فيها وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لاقصد له سوى الترخص فههنا أولى

(باب الشك في الطلاق)

﴿ إذا شك هل طلق أولا لم تطلق ﴾

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لان النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ، والاصل في هذا حديث عبدالله بن زيد عن النبي

(فصل) فان قال أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك لم تطلق نص عليه احمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله ، وان تزوج أمة أبيه ثم قال اذا مات أبي فأنت طالق فمات ابوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي لانه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتي واختار أبو الخطاب

ﷺ أنه سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال «لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا» متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ولانه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث . قال شيخنا والورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها ان كانت غير مدخول بها ، وقد انقضت عدتها وان شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لانه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لان التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر إلى ما تفتقر اليه العبادات من النية ولانه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة

﴿مسألة﴾ (وان شك في عدد الطلاق بنى على اليقين لما ذكرنا وقال الخرقي إذا طلق فلم يدر واحدة طلق ام ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها مادامت في العدة فان راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق؟ لانه متيقن للتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك ان من طلق وشك في عدد الطلقات بنى على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لايدري واحدة ام ثلاثا فقال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان مازاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق اذا ثبت هذا فانه تبقى أحكامه احكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة وإذا رجع عادت الى ماكانت عليه قبل الطلاق وقال الخرقي يحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا انه حكي عنه انه يلزمه الاكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها متيقن للتحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فانه لايزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول حتى يغسله جميعه وفارق لزوم النفقة فانها لاتزول بالطلقة الواحدة فهي باقية لانها كانت باقية وقد شككنا في زوالها

وظاهر قول سائر اصحابنا انه اذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لان التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم انواع (تحريم)

أنه يقع لان الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، وان قال ان اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين ، وان قال الاب اذا مت فأنت حرة وقال الابن اذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الاب وقع العتق والطلاق معا وان لم تخرج من الثلث فان بعضها ينتقل الى الورثة فيملك

تزيله الرجعة (وتحريم) يزيله نكاح جديد (وتحريم) يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الادنى لا يثبت فيه حكم الاعلى كمن تيقن الحدث الاصغر لا يثبت فيه حكم الاكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة فنظير مسئلتنا اذا تيقن نجاسة كم الثوب وشك في نجاسة سائره فان حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحده كذا ههنا ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع تيقنه فان الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو اذا متيقن للتحريم بل هو متيقن للاباحة شاك في التحريم وكذلك قال الخرقي فيمن حلف لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله وهذه المسئلة لا تخلو من أحوال ثلاث

(احدها) ان يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها اما ان يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحنث بلا خلاف بين أهل العلم لانه أكل التمرة المحلوف عليها

(الثاني) ان يتحقق انه لم يأكلها اما بان لا يأكل من التمر شيئا أو يأكل شيئاً يعلم انه غيرها فلا يحنث أيضا بلا خلاف ولا يلزمه اجتناب زوجته

(الثالث) أكل من التمر شيئاً واحدة أو أكثر الى ان لا يبقى منه الا واحدة ولم يدر أكلها أولا فهذه مسئلة الخرقي ولا يتحقق حنثه لان الباقية يحتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الراي فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها الا في الوطء فان الخرقي قال يمنع من وطئها لانه شاك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر أبو الخطاب أنها باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لان الاصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولان النكاح باق بحكمه فاثبت الحل كما لو شك هل طلق أولا؟ وان كانت يمينه ليأكلن هذه التمرة فلا يتحقق بره حتى يعلم انه أكلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأتيه احداكما طالق ينوي واحدة بعينها طلقت وحدها فان لم ينو اخرجت المطلقة بالقرعة)

أما إذا نوى واحدة بعينها فانها تطلق وحدها لانه عينها بنيته فاشبه ما لو عينها بلفظه فان قال انما أردت فلانة قبل منه لان ما قاله محتمل ولا يعرف الا من جهته وأما إن لم ينو واحدة بعينها فانها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا وقال

الابن جزءاً منها ينفسخ به النكاح فيكون كلاماً جميعاً في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فان أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبني على الاجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فان قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وان قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وهكذا ان أجاز الزوج وحده عتق أبيه فان كان على الاب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح

حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له ان يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لانه لا يمكن إيقاعه ابتداء وتبيينه فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعينه لانه استيفاء ما ملكه

ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولا مخالف لهما من الصحابة ولانه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الاصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولان الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر باحدى نسائه والبداية بأحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما ولانه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً انه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها، قولهم إنه كان يملك الايقاع والتعيين قلنا ملكه للتعيين بالايقاع لا يلزم ان يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها فان مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق منهن وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لانه لا يعلم المستحق منهن ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولانهن قد تساوين ولا سبيل الى التعيين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبيداً في مرضه لا مال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهم بالنص لان في توريث الجميع توريث من لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان للمستحق يقينا والقرعة تسلم من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لنسائه احداكن طالق غداً طلقت واحدة منهن إذا جاء الغد وأخرجت بالقرعة)

فان مات قبل الغد ورثنه كلهن وإن ماتت إحداهن ورثها لانها ماتت قبل وقوع الطلاق فاذا جاء غد أقرع بين الميتة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احداهما طلقت كما لو قال لامرأته واجنبية إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الاجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله اليها وهذه قد كانت محلا للطلاق فارادتها بالطلاق ممكنة وارادتها بالطلاق كارادة الاخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الاخرى طلاقاً فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول

أن ذلك لايمنع نقل التركة الى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح ، وان كان الدين لايستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ، وان لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة ، وان أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لان النكاح انفسخ قبل اسقاطه

في تعليق الطلاق فاذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبد الآخر فان وقعت على المبيع لم يعتق منه شيء وعلى قول القاضي ينبغي ان يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي ان يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي لان له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين فان باع نصف العبد اقرع بينه وبين الباقين فان وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق الا نصفه

(فصل) وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى معينة انصرف اليها وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق اماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وإن تعدوا نعمة الله لاتحصوها - و- أحل لكم ليلة الصيام) ولان ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم مالو قال احداكن طالق وإحداكن حرة لان لفظ الواحد لايستعمل في الجمع الا مجازاً والكلام يحمل على حقيقته مالم يصرفه عنها دليل ولو تساوي الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لانها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلق واحدة وأنسيها فكذلك عند أصحابنا)

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها وتحل له الباقيات وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد مايدل على أن القرعة لاتستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فانه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق المرأة من نسائه ولايعلم أيتهن طلق قال أكره ان أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت إن مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لان القرعة تصير على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث فأما في الحل فلا ينبغي ان يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذا في المسئلة في شيئين (أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية في التوريث (والثاني) في استعمالها فيها للحل أما الاول فوجهه ماروى عبد الله بن حميد قال قال سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لايدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الاربع وأنذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولان الحقوق إذا تساوت على وجه لايمكن التمييز الا بالقرعة صح استعمالها فيها ولانها اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له احداهما بالقرعة كما لو اشتبهت أجنبية لم يكن له عليها عقد ولان القرعة لاتزيل التحريم عن المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ولاحتمال كون المطلقة غير من وقعت عليها القرعة ولهذا لو

(فصل) في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله اذا قال ان لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق أو أكل تمراً فقال ان لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فانها تعده عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة الى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث اذا كانت نيته ذلك ، وان نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك ، وان أطلق فقياس

ذكران المطلقة غيرها حرمت عليه ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لعاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها وقال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر واحدة طلق ام ثلاثا؟ ومن حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة لا تحل له امرأته حتى يعلم انها ليست التي وقعت اليمين عليها فحرمها مع ان الاصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فهنا أولى وكذلك الحكم فيمن أوقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه فان جميع نسائه يحرمن عليه حتى يعلم المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وان أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزويج لانها يجوز أن تكون غير المطلقة ، وقال أصحابنا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها وأبيح للزوج من سواها كما لو طلق واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال احداكن طالق ولم يرد واحدة بعينها ولانه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق ، قال شيخنا والصحيح أن القرعة لامدخل لها هنا لما ذكرنا من الأدلة وتحرمان عليه كما لو اشتبهت امرأته باجنبية، وفارق ما قاسوا عليه فان الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح للتعيين ، وفي مسئلتنا الطلاق واقع على معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر من غيرها فانهن إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها اندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث وكذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته باجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر واشباه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا هنا وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا .

(مسئلة) (فعلى قول أصحابنا إن تبين أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة بان يذكر ذلك تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر ، وقوله في هذا مقبول لانه يقر على نفسه وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا ظهر لنا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهته لا يعرف الا من قبله

المذهب أنه لا يبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الحالف ارادة. فتنصرف يمينه اليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين الى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال ان لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها ، وان وقفت في ماء جار فحلف عليها ان خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضي قياس المذهب أنه يحنث الا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لان الطلاق بيمينه يقتضي خروجها من النهر أو اقامتها فيه

(مسئلة) (إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين)

قال أحمد في رواية الميموني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فان وقعت القرعة على واحدة ثم ذكر فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنها التي طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكثر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد تطلق المرأتان ولا ترجع اليه واحدة منهما لان الثانية حرمت بقوله وترثه ان مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما ان تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها والاولى بالقرعة

(فصل) إذا قال هذه المطلقة قبل منه لما ذكرنا وان قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لانه أقر بطلاق الأولى فقبل اقراره بطلاق الثانية ، ولم يقبل اضرابه عن اقراره بطلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن ، وان قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الاوليين وان قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى وإحدى الآخريين ، وان قال أنت طالق أو هذه أو هذه ، فقال القاضي هي كذلك وذكر أنه قول الكسائي وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الاولى والثالثة ، ووجه الاول أنه عطف الاولى على الثانية بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ولو قال طلقت هذه أو هذه طلقت الثالثة وكان الشك في الاولتين ويحتمل في هاتين المسئلتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الاولى أتى بحرف الشك بعدها فيعود اليها وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذه أو هذه وهذه طولب بالبيان فان قال هي الثالثة طلقت وحدها وان قال لم أطلقها طلقت الاولتان وان لم يبين أقرع بين الاولتين والثالثة ، قال القاضي في المجرد وهذا أصح ، وان قال ليست الأولى طلقت الاخيرتان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فان فعل لم يكن تعيينا وان ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الاخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق في الاخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها

ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وان قال طلقت هذه وهذه وهذه ، فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الاولتان أم الآخرتان ؟ كما لو

وقال ابو الخطاب لايحنث لان الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لانها انما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لان الايمان عندهم تنبني على اللفظ لاعلى القصد وكذلك قالوا لايحنث في هذه الايمان السابقة كلها ، ولو قال ان كانت امرأتي في السوق فعبدي حر ، وان كان عبدي في السوق فامرأتي

قال طلقت هاتين أو هاتين فان قال هما الاوليان تعين الطلاق فيهما وان لم يطلق الاولتين تعين الآخرتان وان قال انما أشك في طلاق الثانية والاخريين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء يحتمل قبل منه .

(فصل) فان مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها لم نورثها وان مات بعضهن قبله وبعضهن بعده فخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها وان خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه ، فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لان علم ذلك انما يعرف من جهته لان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه اياها والاصل عدمه وهل يستحلف في ذلك ؟ فيه روايتان ، فان قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها الا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لان ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائرها وان ادعت احدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وان مات لم ترثه لاقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لانا لم نقبل قولها فيما عليها وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق يبينها فان كان رجعياً ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق؟ فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة ، نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الاربع فأيتهن خرجت قرعتها حرمت وورثت الباقيات ، نص عليه أحمد أيضا وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة الى أن الباقي بين الاربع وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعا ، وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ، ووجه الأول ماتقدم وقد قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك لا يدري أيتهن طلق ثلاثا وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن

طالق فكانا جميعا في السوق فقبل بعتق العبد ولا تطلق المرأة لانه لما حنث في اليمين الاولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال ان كانت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لان يمينه تعلقت بعبد معين وان لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة لانه لم يبق له عبد في السوق ولو كان

فالتي أبانها تخرج ولا ميراث لها هذا اذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فانه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثا والباقيات رجعيات يرثنه في العدة ويرثن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

(فصل) اذا طلق واحدة لا بعينها أو بعينها فان نسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه بالنسبة الى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح ماقاله لاننا علمنا أن منهن واحدة بائنامنه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها ومنعها من التزوج بغيره لاجل اشتباهها؟ ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو بقرعة فعدتها من حين طلقها لامن حين عينها، وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين يبين لما كان وقما فان مات الزوج قبل التعيين فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني، قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق، لان كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقينا الا بأطولهما وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعية فعليها عدة الوفاة بكل حال لانها زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لانه منكر ولان الاصل بقاء النكاح فان كان لها بما ادعته بينة قبلت ولا يقبل فيه إلا عدلان، ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق؟ قال: لا والله إنما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان عدمت البينة استحلف في أصح الروايتين نقلها أبو طالب عن أحمد لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر، ونقل ابن منصور عنه لا يستحلف في الطلاق لانه لا يقضي فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى

في فيها تمرة فقال أنت طالق ان أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لانسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك وديعة فانه يحلف ما لفلان عندي وديعة وينوي

زوجيتها فأنكرته فان اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرنا، فعلى هذا إذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك فأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت ولا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ولا تقيم معه وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف تفر منه وقال مالك لا تتزين له ولا تبدي له شيئاً من شعرها ولا يصيبها إلا مكرهة ، وروي عن الحسن والزهري والنخعي يستحلف ثم يكون الاثم عليه، والصحيح ما قاله الاولون لان هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجانب، وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية أو لو تزوجها تزويجا باطلا فسلمت اليه بذلك فالحكم في هذا كالحكم في المطلقة ثلاثاً

(فصل) ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ترثه لانها في حكم الزوجات ظاهراً

ولنا أنها تعلم انها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات وقال أحمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها ويعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب، وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها، قيل له فان بعض الناس قال تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزوج قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فاذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الحكم العقوبة والرد إلى الاول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذاك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولا في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا اثم عليها ولا ضمان في الباطن فأما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها

(فصل) قال أحمد إذا طلقها ثلاثاً فشهد أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد إنما أوجبه لانها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريما لانها محرمة وطأ ونكاحاً فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة

بما الذي ويبر في يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فحلف عليها بالطلاق لتصدقني أسرقت مني ام لا وخافت أن تصدقه فانها تقول سرقت منك ماسرقت منك وتعني الذي سرقت منك، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلانا أو لا ؟ فانه يعني برأيت أي ضربت رئته، وذكرته أي قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أي الشجرة التي حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعني الاقباء ولا حصيراً وهو الحبس وأشباه هذا فمتى لم يكن ظالما فخالف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه ، ولو كانت له امرأة على

في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئتها عالما بأني كنت طلقتها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الاقرار بالزنا

(مسألة) (وإن طار طائر فقال إن كان هذا غرابا ففلانة طالق وإن لم يكن غرابا ففلانة طالق فهي كالمنسية والحكم فيها على ما ذكرنا فيها لانها في معناها والخلاف فيها على ما ذكرنا

(مسألة) (وإن قال إن كان الطائر غراباً ففلانة طالق وإن كان حماما ففلانة طالق لم يحكم بحنثه في واحدة منهما) لانه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح بالشك لانه يحتمل أنه غيرهما

(فصل) إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر أنه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لان يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله لان الاصل واليقين في جانبه

(فصل) فان قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثاً وقال الآخر إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثاً فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل يبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكن لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي أنه يحرم عليهما لان أحدهما حانث يقينا فامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها وقال أصحاب الرأي والشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا إنما تحقق حنثه في واحدة غير معينة وبالنظر إلى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققنا أن إحداها حرام ولم يمكن تمييزها حرمنا عليه جميعاً وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الاناثين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجل واحد أو لرجلين وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال اليه ابو عبيد فان ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري والحارث العكلي والثوري والشافعي لان كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث

درجة فخاف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فانها تنتقل عنها الى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليه لان نزولها انما حصل من غيرها ، وإن كان في يمينه ولا انتقلت عنها فانها تحمل مكرهة ، ولو كان في سلم وله امرأتان احداهما في الغرفة والاخرى في البيت السفلاني فخاف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الاخرى فان السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل ان شاء أو يصعد

طلقت زوجتاهما باقرارهما على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده فان ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف ؟ على روايتين

(مسئلة) (فان قال أحدهما إن كان غراباً فعبدي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بعتق واحد من العبدين)

لان الاصل بقاء الرق فان اشترى أحدهما عبد الآخر بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لان انكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه واقرار منه بعتق الذي اشتراه ، وإن اشترى من أقر بحريته عتق عليه، وإن لم يكن منه انكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده أحدهما حر لا يعلم عينه فيرجع في تعيينه إلى القرعة وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي يعتق الذي اشتراه في الموضعين لان تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه وهذا مذهب الشافعي

ولنا أنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فان الشرع سوغ له امساك عبده مع الجهل استنادا إلى الاصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما؟ وإنما اكتفينا في ابقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فاذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فأعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ، فان كان الحالف واحداً فقال إن كان غراباً فعبدي حر وإن لم يكن غرابا فامتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعتق أحدهما، فان ادعى أحدهما أنه الذي أعتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) فان قال إن كان غراباً فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يبين وعليه نفقة الجميع فان كان غراباً طلق نساؤه ورق عبيده فان ادعى العبيد أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قول السيد وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء فان ادعين أنه كان غراباً ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل قضي عليه بنكوله وإن قال لا أعلم ما الطائر فقياس المذهب أن يقرع بينهما فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أجامعك اليوم وأنت طالق ان اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فاذا غابت الشمس اغتسل ان لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر

فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والقرعة حل الملك ، والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته .

قال شيخنا ويمكن أن يقال على هذا إن ما لا يصلح للتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الاماء محرمات على الموروث تحريماً لا تزيله القرعة فلم يبحن للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

(مسئلة) (إذا قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال لحماته ابنتك طالق ، أو قال سلمى طالق ، واسم امرأته سلمى ، طلقت امرأته)

لانه لا يملك طلاق غيرها ولانه إزالة ملك أشبه مالو باع ماله ومال غيره صح في ماله دون غيره فان قال أردت الاجنبية لم يصدق .

قال أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فلا يقبل منه . وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسمهما فاطمة ماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود كأنه أراد في الرواية الاولى أن لا اصدقه في الحكم ، وفي الثانية يدين .

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين . وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال سلمى طالق وقال أردت أجنبية اسمها سلمى لان سلمى لا يتناول الاجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أن لا تطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه . أما إذا قال إحداكما فانه تناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله .

ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره به كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال سلمى طالق عند الشافعي ،ولا يصح ماذكروه من الفرق فان قوله إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما بعينها وسلمى يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محلا للطلاق وخطاب غيرها به عبث كما لو قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكن صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها فان النبي ﷺ لما قال المتلاعنين « إحداكما كاذب » لم ينصرف إلا الى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان *فشركما لخيركما الفداء* لم ينصرف شرهما الا الى أبي سفيان وخيرهما الى النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من

مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي انما كره أحمد هذا لان السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحا ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هـذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لانه سفر بعيد

نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لان اللفظ محتمل له وان كان غير مقيد ، ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الاجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظالما أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف اليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته لانها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع بها كما لو نواها

﴿ مسألة ﴾ (فان نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقت في إحدى الروايتين)

وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لانه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها

(والثانية) تطلق التي ناداها وحدها وهو قول الحسن والزهري وابي عبيد ، قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال: قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى ، قيل له ماتقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى وذلك لانه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يختلف كلام احمد أنها لا تطلق ، وقال الشافعي تطلق المجيبة وحدها لانها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لانه لم يخاطبها بالطلاق ولم يعترف بطلاقها، وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة غيرها فان المنوية تطلق بارادتها بالطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لان الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولان التي لم تجب مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال، فان قال علمت أنها غيرها وأردت طلاق المناداة طلقتا معا في قولهم جميعا ، وان قال أردت طلاق الثانية وحدها طلقت وحدها لقصده لها وخطابه

﴿ مسألة ﴾ (وإن لقي أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق فاذا هي أجنبية طلقت زوجته)

نص عليه احمد وقال الشافعي لا تطلق لانه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنهـا أجنبية فقال أنت طالق

ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق واحتمل أن لا تطلق لانه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وإن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يامطلقة أو لقي أمته فظنها أجنبيـة فقال أنت حرة أو تنحي ياحرة فقال ابو بكر فيمن لقي امرأة فقال تنحي يامطلقة أو ياحرة

مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أجزنا لمن له طريقان قصيرة لاتقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لاقصد له سوى الترخص فههنا أولى

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - إلى قوله - وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير، وقال تعالى (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن، وأما السنة فما روى ابن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال « مره فليراجعها» متفق عليه وروى أبو داود عن عمر قال ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

﴿ مسألة ﴾ قال (والزوجة اذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد)

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها وذلك

وهو لايعرفها فاذا هي زوجته أو أمته لايقع بهما طلاق ولا حرية لانه لم يردهما بذلك فلم يقع بهما شيء كسبق اللسان الى مالم يرده ويحتمل أن لاتعتق الامة لان عادة الناس مخاطبة من لايعرفها بقوله ياحرة وتطلق الزوجة لعدم العادة في المخاطبة بقوله يامطلقة

﴿ كتاب الرجعة ﴾

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء — الى قوله — وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير، وقال تعالى (اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه اذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن

وأما السنة فروى ابن عمر قال : طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال « مره فليراجعها » متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها، وأجمع أهل العلم على أن الحر اذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد اذا طلق واحدة أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

لان الرجعة انما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ولا نفقة لها ، وان رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجع اليه بطلقتين ، وان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثا بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وروت عائشة أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قال فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال « لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته » متفق عليه ، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطأ يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : اذا تزوجها

﴿ مسألة ﴾ (اذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث أو العبد واحدة بغير عوض والامر يقتضي بينونتها فله رجعتها مادامت في العدة رضيت أو كرهت لما ذكرنا)

أجمع على ذلك أهل العلم وأجمعوا على انه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها وقد ذكرنا ان الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها مالم يطلقها ثلاثا كالحرة وفيما اذا طلق الامة اثنتين خلاف ذكرناه فيما مضى ، ولا يعتبر في الرجعة رضا المرأة في ذلك لقول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) أي في العدة فجعل الحق لهم ، وقال سبحانه (فأمسكوهن بمعروف) فخاطب الازواج بالامر ولم يجعل لهن اختياراً ، ولان الرجعة امساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه وأجمع أهل العلم على هذا والعبد بعد الواحدة كالحر قبل الثلاث ، وقد أجمع العلماء على ان للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة اذا وجدت شروطها ، فاذا طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لان طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

﴿ مسألة ﴾ (وألفاظ الرجعة راجعت امرأتي أو رجعتها أو ارتجعتها أو رددتها أو أمسكتها)

لان هذه الالفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وقال (فامسكوهن بمعروف) يعني الرجعة ، والرجعة وردت بها السنة لقول النبي ﷺ « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم

تزوجها صحيحا لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الاول قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجا غيره) ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وانها لا تحل للاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وابو عبيدة وغيرهم

(فصل) ويشترط لحلها للاول ثلاثة شروط (أحدها) أن تنكح زوجا غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ليس بزوج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لان الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه ، ولان الفرج لا يجوز أن يكون محرما مباحا فسقط هذا

(الشرط الثاني) أن يكون النكاح صحيحا فان كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن

يسمونها رجعة والزوجة رجعية (قال شيخنا) ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق

(فصل) والاحتياط أن يقول اشهدا علي أني قد راجعت زوجتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال نكحتها أو تزوجتها فليس هو بصريح فيها وهل تحصل الرجعة به ؟ فيه وجهان)

(أحدهما) لا تحصل به لان هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا يحصل بالكناية كالنكاح

(والثاني) تحصل به الرجعة أومأ اليه احمد واختاره ابن حامد لان الاجنبية تباح به فالرجعية أولى فعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لان ماكان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق

(فصل) فان قال راجعتك للمحبة أو للاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لانه أتى بالرجعة وبين سببها ، وان قال أردت أنني كنت أهينك أو أحبك وقد رددتك بفراقي الى ذلك فليس برجعة ، وان أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة ذكره القاضي لأنه أتى بصريح الرجعة وضم اليه مايحتمل أن يكون سببها ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وهل من شرطها الاشهاد ؟ على روايتين)

والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه ابو الخطاب وجها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ، ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه

ولنا قول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولان أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وانما هذا كقول النبي ﷺ « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولانه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة (الشرط الثالث) أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها لان النبي ﷺ علق الحل على ذواق العسيلة منهما ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لان الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار ، وان كان الذكر مقطوعا فان بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها والا فلا فان كان خصيا أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه لانه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الانزال وهو غير معتبر في الاحلال وهذا قول الشافعي

وجملة ذلك أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لان حكم الرجعية حكم الزوجات لما نذكره والرجعية امساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى الله تعالى الرجعة امساكا وتركها فراقاً وسراحاً فقال (فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) وفي رواية أخرى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وانما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد لها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم تحتج لذلك إلى ما يحتاج اليه ابتداء النكاح . فأما الاشهاد ففيه روايتان (احداهما) يجب ، وهذا أحد قولي الشافعي لان الله تعالى قال (فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم) فظاهر الامر الوجوب ولانه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع . (والرواية الثانية) لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لانها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ولان مالا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الاشهاد كالبيع وهذه أولى إن شاء الله تعالى ويحمل الامر على الاستحباب ويؤكد ذلك أن الامر بالشهادة عقيب قوله (أو فارقوهن) فهو يرجع إلى أقرب المذكورين يقيناً ولا تجب الشهادة فيه فكذلك ما قبله وهو قوله (فامسكوهن) بطريق الاولى ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الاشهاد فان قلنا هو شرط فانه يعتبر وجوده

قال أبو بكر : وقد روي عن أحمد في الخصي انه لا يحلها فان أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به؟ قال لا خصي يذوق العسيلة ، قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا انها تحل ، ووجه الاول ان الخصي لا يحصل منه الانزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لان الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الانزال فلا يحصل الاحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار

(فصل) واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فان وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من من أحدهما أو منهما أو وأحدهما صائم فرضا لم تحل وهذا قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله عليه السلام «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وهذا قد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء . وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، وإن وطئها في حال ردتها أو ردته أو وطيء المرتد المسلمة لانه ان لم يعد المرتد منهما الى الاسلام تبين ان الوطء في غير نكاح وان عاد الى الاسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام لان سبب البينونة حاصل فيه وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك

حال الرجعة فان ارتجع بغير اشهاد لم يصح لان المعتبر وجودها في الرجعة دون الاقرار بها إلا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح

(مسئلة) (والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء ولعانه ويرث أحدهما صاحبه ان مات بالاجماع وان خالعها صح خلعه)

وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة . ولنا أنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من الزوج ونكاحه الذي هو سببه والنكاح باق ولا يأمن رجعته على أننا نمنع كونها محرمة .

(مسئلة) (ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتزين له وتتشرف له)

قال القاضي هذا ظاهر المذهب . قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه ، وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له له أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها وهذا مذهب أبي حنيفة لانها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق .

وعن احمد رحمه الله أنها ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وان أكرهها عليه فلها المهر إن لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك لانها مطلقة فكانت محرمة كما لو طلقها بعوض واحدة ولاحد عليه بالوطء وإن قلنا أنها محرمة لا ينبغي أن يلزمه مهر سواء

(فصل) فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا ولانه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر ، وان تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم إلا مالكا وأباء عبيد فانهما قالا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لانه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير

ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فانه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته ، قال القاضي ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لان من دون ذلك لا يمكنه الجامعة ولا معنى لهذا فان الخلاف في الجماع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقديره بجرد الرأي والتحكم وان كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لطلاقها المسلم ، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الراي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحلها

ولنا ظاهر الآية ولانه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم ، وان كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبدالله بن حامد لا يحلها لانه لا يذوق العسيلة

ولنا ظاهر الآية ولانه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل ، وقوله لا يذوق العسيلة لا يصح فان الجنون انما هو تغطية العقل وليس العقل شرطا في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن ان كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه

راجع أو لم يراجع لانه وطيء زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ويفارق ما إذا وطيء الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لانه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين اسلام الاول وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه وفي مسئلتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وهو المنصوص عن الشافعي لانه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء المختلعة في عدتها والاول أولى لظهور الفرق بينهما فان البائن ليست زوجة له وهذه زوجة يلحقها طلاقه وقياس الزوجة على الاجنبية في الوطء وأحكامه بعيدة .

(فصل) فاذا قلنا انها مباحة حصلت الرجعة وطئها سواء نوى الرجعة أو لم ينو ، اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي ، قال بعضهم .. ويشهد ، وقال مالك واسحاق يكون رجعة إذا أراد به الرجعة لان هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الايلاء ولان الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الامة المبيعة في مدة الخيار وكما ينقطع به التوكيل في طلاقها

الحال لانه لايذوق العسيلة ولا تحصل اللذة ، ولعل ابن حامد انما أراد المجنون الذي هذه حاله فلا يكون ههنا اختلاف ، ولو وطيء مغمى عليها أو نائمة لاتحس بوطئه فينبغي أن لاتحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم

(فصل) ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فاذا هي امرأته أحلها لانه صادف نكاحاً صحيحاً ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لان التحريم ههنا لحقها وان استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لانه لايذوق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية والله أعلم

(مسألة) قال (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة)

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى انه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرناه في أول الباب وان طلق الحر امرأته الامة فهو كطلاق الحرة لا أن فيه خلافا ذكرناه فيما مضى وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها مالم يطلقها ثلاثا كالحرة

(فصل) ولا يعتبر في الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحا) فجعل الحق لهم وقال سبحانه (فامسكوهن بمعروف) فخاطب الازواج بالامر ولم

(مسألة) (ولا تحصل بمباشرتها والنظر إلى فرجها والخلوة بها الشهوة)

نص عليه أحمد وخرجه ابن حامد على وجهين مبنيين على الروايتين في تحريم المصاهرة به أحدهما هو رجعة ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانه استمتاع يباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء (والثاني) ليس برجعة لانه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر فأما الخلوة بها فليست برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الاجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أن الرجعة لاتحصل بها لانها لا تبطل خيار المشتري للامة كاللمس لغير شهوة فأما اللمس لشهوة والنظر كذلك ونحوه فليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبهت الحديث معها

(فصل) وان قلنا ليست مباحة لم تحصل الرجعة بوطئها ولا تحصل إلا بالقول ، وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي ، وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود وأمر بالاشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح ولان غير القول فعل من قادر على القول لم تحصل به الرجعة كالاشارة من الناطق وهو رواية عن أحمد

(مسألة) (ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح)

فلو قال راجعتك ان شئت لم يصح لذلك ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح أيضاً لانه راجعها

يجعل لمن اختيارا ، ولان الرجعة إمساك المرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا

(فصل) والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالاجماع وان خالعها صح خلعه، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة

ولنا أنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها ، والنكاح باق ولا نأمن رجعته وعلى اننا نمنع كونها محرمة

(فصل) وظاهر كلام الخرقي ان الرجعية محرمة لقوله وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل ، وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك، وقال القاضي ظاهر المذهب أنها مباحة قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها وهذا مذهب أبي حنيفة لانها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق ووجه الاولى أنها طالقة واقعة فأثبتت التحريم كالتي بعوض ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع او لم يراجع لانه وطيء زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق مالو وطيء الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لانه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين

قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح وان قال ان قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط فان راجعها في الردة من أحدهما لم يصح ، ذكره ابو الخطاب وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي ان قلنا بتعجيل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لانها قد بانت بها وان قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ، فان أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لانا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه ولانه نوع امساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق وان لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابن حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد اسلام أحدهما

(فصل) قد ذكرنا أن من طلق طلاقا بغير عوض فله رجعة زوجته مادامت في العدة إذا كان طلاق الحر أقل من ثلاث أو العبد واحدة فعلى هذا ان كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثاني ، هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الاول وما عليه سائر أهل العلم أصح فان العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل مافي البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولان العدة لو انقضت بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي

اسلام المسلم الاول منهما وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه ، وفي مسئلتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا ، وقال ابن الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها وهو المنصوص عن الشافعي لانه وطيء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر فان البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الاجنبية في الوطء وأحكامه بعيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث)

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها فان طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لان طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثاني)

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الاول وما عليه سائر أهل العلم أصح فان العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل مافي البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع ما بقي من الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر ولا

حامل من زوج آخر ولا قائل به ، قال شيخنا وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال . لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح لانها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين)

وجملة ذلك أنه إذا انقطع حيض المرأة المعتدة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها فيه روايتان ذكرهما ابن حامد

[إحداهما] لا تنقضي حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه قال في العدد فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج وبه قال كثير من أصحابنا روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم وروي عن شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة لانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا ولان أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل فكذا هذا ، والرواية الثانية أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعي واختاره أبو الخطاب لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) والقرء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روي عن النبي ﷺ أنه قال « وقرء الامة الحيضتان »

قائل به، وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

(فصل) إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد (إحداهما) لا تنقضي عدتها حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك، وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه قال في العدة فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج وهذا قول كثير من أصحابنا، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد، وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء، وروي عن شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا، ولان أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل وكذلك هذا

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء الحيض وقد زالت فيزول التربص، وفيما روي عن النبي ﷺ أنه قال « وقرء الامة حيضتان - وقال - دعي الصلاة أيام اقرائك » يعني أيام حيضك ولان انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج

وقال « دعي الصلاة أيام اقرائك » أي أيام حيضك ولان انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج وحلها من غيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ولانها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل فاما أن يقال بقول شريك إنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله تعالى (ثلاثة قروء) فان عدتها تصير أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل والله أعلم

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل ؟ يحتمل وجهين

(أولهما) أن له رجعتها لانها لم تنقض عدته فحكم نكاحه باق بأن يلحقها طلاقه وظهاره، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فانها تحرم عليه ويبقى سائر أحكام الزوجية ولانه يملك ارتجاعها اذا عادت الى عدته فلكذا قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لانها ليست في عدته فاذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على ما مضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لانها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً فان له رجعتها في حيضها وإن كانت لا تعتد بها، وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها

وحلها لغيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ولانها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل إما أن يقال بقول شريك انها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله (ثلاثة قروء) فانها تصير عدتها أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل فيكون رجوعا عن قولهم ، ويحمل قول الصحابة في قولهم حتى تغتسل أي يلزمها الغسل

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل يحتمل وجهين

(أولاهما) أنه له رجعتها لانها لم تنقض عدتها لحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فانها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية ولانه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لانها ليست في عدته فاذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على مامضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجها واحداً ولو كانت في نفاسها لانها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول ، وان لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضا فان له رجعتها في حيضتها ، وان كانت لاتعتد بها ، وان حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك

من الثاني إذا رجعها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح فان بان من الاول احتمل أن لا يصح لانه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا تصح لانه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والاول أصح فان الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فان كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها ؟ لو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فههنا أولى فان راجعها بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته وإن بان من الاول لم تصح لان العدة انقضت بوضعه

(مسئلة) (وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولا تحل إلا بنكاح جديد) لقول الله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن) يريد الرجعة عند جماعة أهل التفسير في ذلك أي في العدة ، وأجمع أهل العلم على أن المرأة إذا طلقها زوجها فلم يرتجعها حتى انقضت عدتها أنها تبين منه فلا تحل له إلا بنكاح جديد

(مسئلة) (وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث)

وجملة ذلك أن المطلقة لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال (أحدها) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود اليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه

رجعتها في حلها من الثاني إذا رجعها في هذا الحل ثم بان أنه من الثاني لم يصح ، وان بان من الاول احتمل أن يصح لانه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا يصح لانه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والاول أصح فان الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيها إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فعلى خمس صلوات فان كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها ولو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فههنا أولى ، فان راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعته ، وان بان من الاول لم تصح الرجعة لان العدة انقضت بوضعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)

وجملته أن الرجعة لا تفتقر الى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات والرجعة امساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة امساكا وتركها فراقا وسراحا فقال (فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو

(والثاني) أن يطلقها ثلاثاً فتنكح زوجا غيره ويصيبها ثم يتزوجها الاول فهذه تعود طلاق ثلاث باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر (الثالث) طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول ففيها روايتان (أظهرهما) أنها تعود اليه على ما بقي من الثلاث وهو قول الاكثر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبدالله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر (والرواية الثانية) عن أحمد أنها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لان وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها

ولنا أن وطء الثاني لا يحتاج اليه في الاحلال للزوج الاول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت اليه قبل وطء الثاني وقولهم ان وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين (أحدهما) منع كونه مثبتاً للحل أصلا وانما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وحتى للغاية وإنما سمى النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللا تجوزا بدليل أنه لعنه ومن أثبت حلالا لم يستحق لعنا (والثاني) أن

فارقوهن بمعروف) وفي آية أخرى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وانما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه الى البينونة فلم يحتج لذلك إلى مايحتاج اليه ابتداء النكاح، فأما الشهادة ففيها روايتان

(احداهما) تجب وهذا أحد قولي الشافعي لان الله تعالى قال (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم) وظاهر الامر الوجوب ولانه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع

(والرواية الثانية) لاتجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لانها لاتفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج، ولان مالا يشترط فيه الولي لايشترط فيه الاشهاد كالبيع وعند ذلك يحمل الامر على الاستحباب، ولاخلاف بين أهل العلم في أن السنة الاشهاد فان قلنا هي شرط فانه يعتبر وجودها حال الرجعة، فان ارتجع بغير شهادة لم يصح لان المعتبر وجودها في الرجعة دون الاقرار بها إلا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الرجعة لاتحصل إلا بالقول بقوله المراجعة أن يقول وهذا مذهب الشافعي لانها استباحة بضع مقصود أمر بالاشهاد فيه فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح

الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم انه يهدم الطلاق قلنا بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿مسألة﴾ (وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ردت اليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها في احدى الروايتين والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك أن زوج الرجعية إذا راجعها من حيث لا تعلم صحت المراجعة لانها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها فاذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها وتزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد لانه تزوج امرأة غيره وترد إلى الاول سواء دخل بها أو لم يدخل وهذا هو الصحيح وهو قول أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه . وروي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك ، وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لان كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز العقد عليها في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها

ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الاول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها ، إذا ثبت هذا فان كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الاول ولا شيء على الثاني وان كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لان هذا وطء شبهة وتعتد ولا تحل للاول حتى تنقضي عدتها منه فان كان أقام البينة

ولان غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالاشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن احمد

(والرواية الثانية) تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي قال بعضهم ويشهد ، وقال مالك واسحاق تكون رجعة اذا أراد به الرجعة لان هذه مدة تفضي الى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الايلاء ولان الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الامة المبيعة في مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا اذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لانه فعل محرم فلا يكون سببا للحل كوطء الحلال

(فصل) فأما ان قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر اليه فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه وجهان (أحدهما) هو رجعة وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لانه استمتاع يستباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء

(والثاني) أنه ليس برجعة لانه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر

قبل دخول الثاني بها ردت الى الاول بغير خلاف في المذهب وهي احدى الروايتين عن مالك ، وأما ان تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدها فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لانه وطيء امرأة غيره مع علمه

(فصل) وان لم يكن للمدعي بينة بالرجعة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله فان أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما وان اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كالحكم فيما اذا قامت به البينة سواء في أنها ترد اليه ، وان أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه المهر ان كان دخل بها أو نصفه ان كان لم يدخل بها لانه لا يصدق على المرأة في اسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة الى المدعي لانه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وانما يقبل في حقه ويكون القول قولها ، وهل هو مع يمينها أولا ؟ على وجهين . قال شيخنا ولا تستحلف لانها لو أقرت لم يقبل اقرارها فاذا أنكرت لم تجب اليمين وفيه وجه آخر أنها تجب عليها ، وان اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ نكاحه لان قولها انما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) لا يستحلف اختاره القاضي لانه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته (والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فان حلف فيمينه على نفي

فأما الخلوة بها فليس برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الاجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أنه لاتحصل الرجعة بها لانها لاتبطل اختيار المشتري للأمة فلم تكن رجعة كالمس لغير شهوة، فأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها.

(فصل) فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لان هذه الالفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وقال (فأمسكوهن بمعروف) يعني الرجعة والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ «مره فليراجعها» وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية، ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق، والاحتياط أن يقول راجعت امرأتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي، فان قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لان الرجعة ليست بنكاح وهل تحصل به الرجعة؟ فيه وجهان

(أحدهما) لاتحصل به الرجعة لان هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية

العلم لانه على نفي فعل الغير فاذا زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المانع من ردها انما كان لحق الثاني فاذا زال زال المنع وحكم بأنها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للاول مهر بحال، وذكر القاضي أن له عليها مهرا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق اذا رجعوا

ولنا أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فان مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها واقرارها بذلك وان ماتت لم يرثها لانها لاتصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك وان مات الزوج الثاني لم ترثه لانها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه

(مسئلة) وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكناً إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل الا ببينة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في وقت يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل ولولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه، ولانه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الانسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها قبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله

كالنكاح (والثاني) تحصل به الرجعة أومأ اليه احمد واختاره ابن حامد لانه تباح به الاجنبية فالرجعة أولى وعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لان ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق

(فصل) فان قال راجعتك للمحبة أو قال للاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لانه أتى بالرجعة وبين سببها وان قال أردت أنني كنت أهنتك أو أحبك وقد رددتك بفراقي الى ذلك فليس برجعة ، وان أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضي لانه أتى بصريح الرجعة وضم اليه ما يحتمل أن يكون بيانا لسببها ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح ، ولو قال راجعتك ان شئت لم يصح كذلك ، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح لذلك ولانه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال ان قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط

(فصل) فان راجعها في الردة من أحدهما فذكر ابو الخطاب انه لا يصح وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير النكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي أن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لانها قد بانت

﴿مسألة﴾ فأما ما تنقضي به العدة فهو ثلاثة أقسام :

(الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وهو ينبني على الخلاف في اقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وهل الاقراء الحيض أو الطهر ، فان قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلابد منها لمعرفة انقطاع حيضتها ولو صادفتها رجعته لم تصح ومن اعتبر الغسل في انقضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وإن قلنا القروء الحيض وأقل الطهر خمسة عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين ، وإن قلنا القروء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان العدة تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فاذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها وان قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي ، فان كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وباربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وبستة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لانه لا يحتمل صدقها

بها ، وان قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ان أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لاننا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه ولأنه نوع امساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق ، وان لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابي حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما اذا راجعها بعد اسلام أحدهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال قد ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها ماادعت من ذلك ممكنا)

وجملة ذلك ان المرأة اذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ولانه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الانسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله ﷺ فأما ماتنقضي به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام

(القسم الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبني على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الاطهار ؟ فان قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة

(مسئلة) (فان ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من شهر لم يقبل الا ببينة)

لان شريحاً قال إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت مايحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها لانها اؤتمنت على ذلك وانما لم يصدقها في الشهر لان حيضها ثلاث مرات فيه يندر جداً فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه ، وقال الشافعي لايقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين لانه لا يتصور عنده في أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لايقبل في أقل من ستين يوما وقال صاحباه لا يقبل في أقل من تسعة وثلاثين يوما ولحظتين لان أقل الحيض عندهم ثلاثة ايام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون، والخلاف في هذا مبني على أقل الحيض وأقل الطهر وفي القرء ماهو ؟ وما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى، ولا يتصور الا بما قلنا ، وأما اذا ادعت انقضاء عدتها في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى الى بينتها لاننا نعلم كذبها فان بقيت على

عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض، وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلابد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعته لم تصح ، ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وان قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوما ، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين . وان قلنا القروء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فاذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها ، وان قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي ، فان كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وبأربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وستة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لانه لا يحتمل صدقها

وان ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة لان شريحا قال اذا ادعت

دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فان بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لانها تدعي محالا، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لانه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لان ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كاخباره عن نيته فيما تعتبر فيه نيته .

(فصل) فان ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فان ادعته لتمام لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين امكان الوطء بعد العقد(١) لان أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لانه يكون نطفة أربعين يوما وعلقة مثل ذلك ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل ان يصير مضغة بحال، وهذا ظاهر قول الشافعي، فأما ان ادعت انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لان الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي القعدة فالقول قولها لانه يدعي ما يسقط النفقة والاصل وجوبها فلا يقبل الا ببينة ، فان ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لانها تقر على نفسها بما هو أغلظ وإن انعكس الحال فقال طلقتك في ذي القعدة فلي رجعتك قالت بل طلقتني في شوال

---

(١) قوله بعد العقد لانه لا يكمل في أقل من ذلك وان ادعت انها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين امكان الوطء بعد عقد النكاح اه من المغني

انها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله انها رأت مايحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة ، وقال له علي بن أبي طالب : قالون، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر ، فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث « ان المرأة اؤتمنت على فرجها » ولان حيضها في الشهر ثلاث حيض يندر جدا فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة، وقال الشافعي لايقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين ولا يقبل في أقل من ذلك بحال لانه لا يتصور عنده أقل من ذلك

وقال النعمان لاتصدق في أقل من ستين يوما ، وقال صاحباه لاتصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما لان أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما والخلاف في هذا ينبني على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر وفي القروء ما هي وقد سبق

ومما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما ان ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى الى بينتها لاننا نعلم كذبها ، فان بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فان بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لانها تدعي محالا وان ادعت

فلا رجعة لك فالقول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في أثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته ، إذا ثبت ذلك فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي عليها اليمين ، وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ اليه أحمد في رواية أبي طالب ، وقال القاضي قياس المذهب ان لايجب عليه يمين وقد أومأ اليه أحمد أيضاً فقال لايمين في نكاح و لاطلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا تستحلف فيها كالحدود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فتجب اليمين فيه كالاموال فان نكلت من اليمين فقال القاضي لايقضى بالنكول لانه لايصح بذله . قال شيخنا ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها على القول برد اليمين على المدعي لانه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوي جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالاصل في براءة الذمة في الدين وهو مذهب الشافعي

(فصل) إذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الاقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم فان قال بعد انقضاء عدتها كنت راجعتك في عدتك فأنكرت فالقول قولها باجماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والاصل عدمها وحصول البينونة .

انها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو في ما يمكن منها قبل قولها لانه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لان ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كاخباره عن نية فيما تعتبر فيه نية

(القسم الثاني) أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعي وضع الحمل التام أو انها أسقطته قبل كماله فان ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لانه لا يكمل في أقل من ذلك ، وان ادعت انها اسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح لان أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لانه يكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا ظاهر قول الشافعي

(القسم الثالث) أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لان الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه الا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي الحجة فالقول قولها لانه يدعي ما يسقط النفقة والاصل وجوبها فلا يقبل الا ببينة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لانها تقر على نفسها بما هو أغلظ

﴿مسألة﴾ (إذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فالقول قولها)

وجملة ذلك أنه إذا كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لامكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل .

﴿مسألة﴾ وان سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فانكرها فالقول قوله)

ذكره القاضي لما ذكرنا وهو أحد الوجوه لاصحاب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لاصحاب الشافعي لان الظاهر البينونة والاصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقاً كان كذلك مسبوقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قول من أنكره بخلاف ما قاسوا عليه .

﴿مسألة﴾ (وان تداعيا معاً قدم قولها)

لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعد انقضائها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل وقيل يقدم من تقع

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك فقالت بل طلقتني في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته، إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي عليها اليمين وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ اليه أحمد في رواية أبي طالب

وقال القاضي قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين وقد أومأ اليه أحمد فقال لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالاموال ، فان نكلت عن اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لانه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعي وذلك لانه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوى جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالاصل في براءة الذمة في الدين، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وإذا ادعى الزوج في عدتها انه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الاقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وان قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك في عدتك فأنكرته فالقول قولها باجماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والاصل عدمها وحصول

له القرعة ذكره أبو الخطاب احتمالا والصحيح الاول

(فصل) فان اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لان الاصل معه فلا يزول الا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لانه إن أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها وان أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر وان انكرها فالقول قوله هذا إذا كان المهر غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى اصابتها فانكرته لم يرجع عليها بشيء لانه يقر لها به ولا يدعيه وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فان قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الاصابة ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا المولي والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه والاصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقا للاصل فقبل وفي مسئلتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو مار الى بينونته وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة والاصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للاصل فلم يقبل ولان المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحققنا الفسخ بعدم الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه الا ببينة وهل تشرع اليمين في حق من القول قوله ؟ على وجهين

البينونة فان كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها و بدأوها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته لم يقبل قوله لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لامكانه فصارت دعواه الرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها لم تقبل فان سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعتك أمس فقالت قد انقضت عدتي قبل دعواك فالقول قوله لان دعواه الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك في ابطاله ولو سبق فقال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فقال القاضي القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي ، وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لاصحاب الشافعي لان الظاهر البينونة والاصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقا قبل قوله مسبوقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قوله كما لو ادعى المولي والعنين اصابة امرأته فأنكرته وهذا لا يصح فانه قد انعقد سبب البينونة وهو مفض اليها مالم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه والاصل عدمه فكان القول قول من ينكره بخلاف ماقاسوا عليه وان وقع القول منهما جميعا فلا رجعة لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال ابو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة والصحيح الاول

(فصل) والخلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر كلام الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع امورها وهذا قول الشافعي القديم وقال أبو بكر لا رجعة له عليها الا ان يصيبها وبه قال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في الجديد لانها غير مصابة فلا يستحق رجعتها كالتي لم يخل بها ووجه الاول قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في أرحامهن ـ الى قوله ـ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم يستوف عدده فثبتت عليها الرجعة كالموطوءة ولانها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها وفارق التي لم يخل بها فانها بائن منه لاعدة لها ولا يلحقها طلاقه وانما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه والخلاف في هذا مبني على وجوب العدة بالخلوة من غير إصابة ويذكر في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) فان ادعى زوج الامة بعد عدتها فأنكرته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه وبذلك قال أبو حنيفة ومالك وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لان إقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل في رجعتها كالحرة إذا أقرت

ولنا ان قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل انكارها للرجعة كالحرة ولانه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المتنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الاصابة وإنما قبل قول السيد في النكاح لانه يملك انشاءه فملك الاقرار به بخلاف الرجعة وإن صدقته وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها لان حق السيد تعلق بها

(فصل) وان اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لان الاصل معه فلا يزول الا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لانه أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وانه لارجعة له عليها ، وان أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر في الموضعين لانها ان أنكرتها فهي مقرة انها لاتستحق إلا نصف المهر وان أنكرها فالقول قوله هذا ان كان غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى اصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لانه يقر لها به ولا يدعيه ، وان كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فان قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الاصابة ولم تقبلوه ههنا؟ قلنا لان المولي والعنين يدعيان مايبقي النكاح على الصحة ويمنع فسخه ، والاصل صحة العقد وسلامته فكان قولها موافقا للاصل فقبل ، وفي مسئلتنا قد وقع مايرفع النكاح ويزيله وهو ماراثي بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة ، والاصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للاصل فلم يقبل ، ولان المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحقا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله ههنا؟ على وجهين

وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فانه يقبل انكارها ولا يقبل تصديقها إذا ثبت هذا فان مولاها إذا علم صدق الزوج لم يحل له وطؤها ولا تزويجها وإن علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها فيما يثبت له حقا عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ماذكر عنها وأقرت بان عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله وإن طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطؤها في القبل وأدنى مايكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج وإن لم ينزل)

وجملة ذلك أن المرأة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد وقد أجمع أهل العلم على ان غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها لان الرجعة انما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فالكم عليهن من عدة تعتدونها) فبين سبحانه أنه لاعدة

(فصل) والخلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع أمورها وهذا قول الشافعي في القديم ، وقال ابو بكر لا رجعة له عليها الا أن يصيبها و به قال النعمان وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها

ولنا قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن ـ الى قوله ـ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالمصابة ولانها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها وفارق التي لم يخل بها فانها بائن منه لاعدة لها ، ولا يلحقها طلاقه وانما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه

(فصل) وان ادعى زوج الامة بعد عدتها أنه كان راجعها في عدتها فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه احمد وبذلك قال ابو حنيفة ومالك ، وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لان اقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل قوله في رجعتها كالحرة اذا أقرت

ولنا أن قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل في انكارها الرجعة كالحرة ولانه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الاصابة وانما قبل قول السيد في النكاح

عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لارجعة عليها ولا نفقة لها فان رغب فيها مطلقها فهو خاطب من الخطاب لاتحل له الاان يتزوجها برضاها جديداً وترجع اليه بطلقتين فان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف ان لم تكن تزوجت غيره بغير خلاف فان طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره) في قول عامة أهل العلم وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولا خلاف بينهم في ان المطلقة ثلاثا بعد الدخول لاتحل حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وروت عائشة ان امرأة رفاعة القرظي جاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير وانه والله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال «تريدين ان ترجعي إلى رفاعة لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» متفق عليه وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه وجمهور العلماء على أنها لاتحل للزوج الاول حتى يطأها الثاني وطئاً يوجد فيه التقاء الختانين إلا ان سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا تزوجها تزوجا صحيحا لا يريد به احلالا فلا بأس ان يتزوجها قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا الا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجا غيره) ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لاتحل للاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لايعرج

لانه يملك انشاءه فملك الاقرار به بخلاف الرجعة ، وان صدقته هي وكذبه مولاها لم يقبل اقرارها لان حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في ابطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول انكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فانه يقبل انكارها ولا يقبل تصديقها . اذا ثبت هذا فان مولاها اذا علم صدق الزوج في رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وان علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها في ما يثبت به حق عليها فقبل اقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ماذكر عنها وأقرت أن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وانما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة)

وبهذا قال ابو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ان انها تستأنف العدة لانها طلقة واقعة في حق مدخول بها فاقتضت عدة كاملة كالاولى

على شيء سواه ولا يسوغ لاحد المصير الى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عمرو وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وأبو عبيد وغيرهم

(فصل) ويشترط لحلها للاول ثلاثة شروط

(أحدها) ان تنكح زوجا غيره فلو كانت امة فوطئها سيدها لم تحل لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ليس بزوج

(الشرط الثاني) ان يكون نكاحا صحيحاً فلو كان فاسدا لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه

ولنا قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسداً لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولان أكثر أحكام التزويج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة واشباه ذلك وأما تسميته محللا فلقصد التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي

ولنا أنهما طلاقان لم يتخللهما اصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لان الفسخ في معنى الطلاق

(فصل) وان طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان (أحدهما) تبني على ما مضى من العدة نقلها الميموني وهي اختيار أبي بكر وقول عطاء وأحد قولي الشافعي لانهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها فكانت العدة من الاول منهما كما لو لم يرتجعها ولان الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول

(والثانية) تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاوس وأبي قلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز واسحق وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الثوري أجمع الفقهاء على هذا

وحكى أبو الخطاب عن مالك ان قصد الاضرار بها بنت ولا استأنفت لان الله تعالى انما جعل الرجعة لمن أراد الاصلاح بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحا) والذي قصد الاضرار لم يقصد الاصلاح

ﷺ «ماآمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولانه وطء في غير نكاح صحيح اشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لانه في غير نكاح

﴿ مسألة ﴾ (ولو كانت امة فاشتراها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر اهل العلم ويحتمل ان تحل)

وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لان الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله عز وجل (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) صريح في تحريمها فلا نعول على ما خالفه ولان الفرج لايجوز ان يكون محرما مباحاً فسقط هذا

(الشرط الثالث) ان يطأها في الفرج لما ذكرنا من حديث عائشة فعلى هذا ان وطئها دون الفرج أوفي الدبر لم يحلها لانه علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وادناه تغييب الحشفة في الفرج وان لم ينزل لان أحكام الوطء تتعلق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار

(مسألة) (فان كان مجبوبا قد بقي من ذكره قدر الحشفة فاولجه أحلها وإلا فلا)

وان وطئها زوج مراهق أحلها في قولهم الا مالكا وأبا عبيد فانهما قالا لايحلها ويروى ذلك عن الحسن لانه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير

ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فانه لايمكن

ولنا انه طلاق في نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق وهـذا لان الطلقة الاولى شعثت النكاح والرجعة لمت شعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالاول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فانها تستأنف عدة كذا ههنا ويفارق الطلاق قبل الرجعة فانه جاء بعد طلاق مفض الى بينونة فان راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فانها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لانه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء اذا وطيء

(فصل) وان خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فان كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواه وان لم يكن دخل بها بنت على العدة الاولى في الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة لان النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فههنا أولى

ولنا انه طلاق من نكاح لم يصبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها وفارق الرجعة لانها ردت المرأة الى النكاح الاول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول وهـذا النكاح جديد بعد البينونة من الاولى ولم يوجد فيه دخول فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الاولى فلانها انما تقطع حكمها النكاح وقد زال فيعود اليها ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت في عدتها وطلقها قبل وطئه أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح وطيء فيه أشبه الطلاق في النكاح الاول

الوطء منه ولا تذاق عسيلته قال القاضي يشترط ان يكون له اثنتا عشرة سنة لان من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فان الخلاف في المجامعة ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقدير بمجرد الرأي والتحكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم)

نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحلها

ولنا ظاهر الآية ولانه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم

(فصل) فان كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبدالله بن حامد لا يحلها لانه لا يذوق العسيلة .

ولنا ظاهر الآية ولانه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل وقوله (لا يذوق العسيلة) لا يصح فان الجنون إنما هو تغطية العقل وليس العقل شرطا في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم ، لكن ان كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه الحال لانها لا تذوق العسيلة ولا تحصل لها اللذة ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذا حاله

(فصل) ومتى وطئ الرجعية وقلنا إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لأنهما عدتان من رجل واحد فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الاولى لانها عدة من الطلاق فاذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء لأنها عدة من وطء شبهة فان حبلت من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الاولى ولانها عدتان لواحد فأشبه مالو كانا بالاقراء، وتنقضي العدتان جميعا بوضع الحمل لانه لا يتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لانها في عدة من الطلاق، ويحتمل أن لا يتداخلا لانهما من جنسين، فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة، وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان، فاذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية لانها من عدة الطلاق، ولو طلقها حاملا ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعا، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء.

فلا يكون ههنا اختلاف وكرطء يغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرنا وحكاه ابن المنذر ويحتمل حصول الحل في ذلك كله لعموم النص، فان وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فاذا هي امرأته أحلها لانه صادف نكاحا صحيحا، ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لان التحريم ههنا لحقها فان استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لانه لم يذق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية

(فصل) فان كان خصيا أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه لانه يطأ كالفحل ولم ينقد إلا الانزال وهو غير معتبر في الاحلال وهذا قول الشافعي، قال أبو بكر وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فان أبا طالب سأله عن المرأة تتزوج الخصي تستحل به قال لا حتى تذوق العسيلة، قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل. ووجه الاول أن الخصي لا يحصل منه انزال فلا تنال لذة الوطء فلا تذوق العسيلة، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لان الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس مظنة الانزال ولا يحصل الاحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار، والاولى ان شاء الله حصول الاحلال به لانه يحصل وطء المراهق الذي لا يحصل منه الانزال ولذلك تحل المراهقة التي لا يتصور منها الانزال قبل البلوغ كذلك هذا وعلى هذا يمنع أن لا تذوق العسيلة إذا حصل منه الانتشار كغير البالغ ولدخوله في عموم الآية .

(مسألة) (وان وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل)

لان الوطء في الدبر لا تذوق به العسيلة والوطء بالشبهة وملك اليمين وطء من غير زوج فلا يدخل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت اليه ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في احدى الروايتين ، والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك ان زوج الرجعية اذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لأنها لا تفتقر الى رضاها فلم تفتقر الى علمها كطلاقها فاذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى انه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وان نكاح الثاني فاسد لانه تزوج امرأة غيره وترد الى الاول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها. هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لان كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها

في عموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) فتبقى على المنع

(فصل) فان وطئها في ردته أو ردتها لم يحلها لانه ان عاد إلى الاسلام فقد وقع الوطء في نكاح غير تام لانعقاد سبب البينونة ان لم تسلم في العدة فلم يصادف الوطء نكاحا تاما هكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطئها زوجها في حيض أو نفاس أو احرام أحلها وقال أصحابنا لا يحلها)

اشتراط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فعلى قولهم ان وطئها في حيض أو نفاس أو احرام أو صيام فرض من أحدهما أو منهما لم تحل ، وهو قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله عليه السلام « حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » وقد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء المباح وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو قول أبي حنيفة ومذهب الشافعي ، فأما وطء المرتدة فقد ذكرناه وأشرنا الى الفرق

(فصل) فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا لانه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر

ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الاول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها ، فاذا ثبت هذا فان كان الثاني مادخل بها فرق بينهما وردت الى الاول ولا شيء على الثاني وان كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لان هذا وطء شبهة ، وتعتد ولا تحل للاول حتى تنقضي عدتها منه ، وان أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت الى الاول بغير خلاف في المذهب وهو احدى الروايتين عن مالك ، وأما ان تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لانه وطيء امرأة غيره مع علمه ، فأما ان لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ولكن ان أنكراه جميعا فالنكاح صحيح في حقهما وان اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه ان كان قبله لانه لايصدق على المرأة في اسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة الى المدعي لانه لايقبل قول الزوج الثاني عليها وانما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أولا؟ على وجهين ، والصحيح أنها لاتستحلف لانها لو أقرت لم يقبل اقرارها فاذا أنكرت لم تجب اليمين بانكارها، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح لان قولها انما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) لايستحلف اختاره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته

(مسألة) وان طلق العبد زوجته اثنتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق)

وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فاذا كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فاذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وزيد وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أن الطلاق بالنساء وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق، والمختار أن الطلاق بالرجال والتفريع عليه . فعلى هذا إذا طلقها اثنتين حرمت عليه بالطلاق تحريما لا ينحل إلا بزوج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة وذكر حديث ابن عباس في المملوكين إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لاأرى شيئا يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب رواه الامام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد على الاول وقال في حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمر و بن مغيث ولا أعرفه وقال ابن المبارك من أبو حسن هذا لقد حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن

(والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فان حلف فيمينه على نفي العلم لانه على نفي فعل الغير فان زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المنع من ردها انما كان لحق الثاني فاذا زال زال المانع وحكم بانها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للاول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهراً وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق اذا رجعوا

ولنا أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فان مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها أو اقرارها بذلك ، وإن ماتت لم يرثها لانها لا تصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه، ويرثها الزوج الثاني لذلك وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لانها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها اذا كان يعرف منها الصدق والصلاح وان لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها)

وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة اذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح

فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن شيث ، قال أبو بكر ان صح الحديث فالعمل عليه وان لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد بن ثابت وبه أقول . قال أحمد ولو طلق عبد زوجته الامة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان ان كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزوج بها جاز وله طلقة واحدة لان الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يتغير حكمهما بما يطرأ بعدها كما أن الطلقتين من العبد لما وقعتا محرمتين لم يتغير ذلك بالعتق بعدها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله نكاحها اذا غلب على ظنه صدقها وإلا فلا)

وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة إذا مضى بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها اما بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن

وطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لان المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع الى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها، وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولا والورع أن لا ينكحها. ولنا أن الاصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها

(فصل) واذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها في حلها للاول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه اذا لم يقر بالخلوة بها، فان قال الزوج الاول أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لانه يقر على نفسه بتحريمها، فان عاد فاكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى لان الحل والحرمة من حقوق الله تعالى فاذا علم حلها له لم تحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي ولانه قد يعلم ما لم يكن علمه، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لان المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم

(فصل) واذا طلقها طلاقا رجعيا وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لان الاصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر

يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لان المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها فاما ان لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها، وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولاً والورع أن لا ينكحها

ولنا أن الاصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها

(فصل) اذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكرها فالقول قولها في حلها للاول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها فان قال الزوج الاول أنا أعلم انه ما أصابها لم يحل له نكاحها لانه يقر على نفسه بتحريمها فان عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى، فاذا علم حلها لم تحرم بكذبه، وهذا مذهب الشافعي ولانه قد يعلم ما لم يكن علمه ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لان المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم

(فصل) إذا طلقها طلاقا رجعيا وغاب فقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لان الاصل عدم الرجعة وحل النكاح، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ولانه لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لان احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً

مشكوك فيه ، ولانه أمر لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لان احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي الى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً

(فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان بعد ماعقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار

كتاب الايلاء

الايلاء في اللغة الحلف يقال آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا . قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه ... اذا صدرت منه الالية برت

ويقال تألى يتألى وفي الخبر « من يتأل على الله يكذبه » فأما الايلاء في الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون

﴿ مسألة ﴾ قال (والمولي الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر)

وجملته أن شروط الايلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف

(فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان ذلك بعد العقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار

﴿ كتاب الايلاء ﴾

الايلاء في اللغة الحلف ، يقال آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا . قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه ... إذا صدرت منه الألية برت

ويقال تألى يتألى وفي الخبر « من يتأل على الله يكذبه »

﴿ مسألة ﴾ (وهو الحلف على ترك الوطء في موضوع الشرع والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون)

﴿ مسألة ﴾ (ويشترط له أربعة شروط : أحدها) الحلف على ترك الوطء في القبل لانه الذي يحصل الضرر به فان تركه بغير يمين لم يكن موليا) لان الايلاء الحلف

بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء *فأما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان احداهما) لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم (والرواية الثانية) هو مول، وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولان تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى، والرواية الاولى هي المشهورة لان الايلاء المطلق انما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس يقسمون مكان يولون، وروي عن ابن عباس في تفسير يولون قال يحلفون بالله هكذا ذكره الامام أحمد، والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه لحقيقته ويدل على هذا

﴿مسألة﴾ (فان تركه مضرا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم عليه بحكمه؟ على روايتين)

أما اذا تركه لعذر من مرض أو غيبة أو نحوه لم تضرب له مدة والا ففيه روايتان (احداهما) تضرب له مدة أربعة أشهر فان وطئها والا دعي بعدها الى الوطء فان امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء لانه أضربها بترك الوطء في مدة الايلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ما وجب أداؤه اذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجبا اذا حلف على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ولان وجوبه في الايلاء انما كان لدفع حاجة المرأة وازالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فان قيل فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا؟ قلنا بل له أثر فانه يدل على قصد الاضرار فيتعلق الحكم به وان لم يظهر منه قصد الاضرار اكتفينا بدلالته وإذا لم يوجد الإيلاء احتجنا الى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمول فلا تضرب له مدة كما لو لم يقصد الاضرار ولان تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه اذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر وليس امتناعه باليمين أقوى من امتناعه بقصد الضرر لانه يمتنع بقصد الضرر وبلزومه الكفارة فلا يصح الالحاق اذا لم يحلف بما اذا حلف لقوة المانع والله أعلم

قول الله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) وانما يدخل الغفران في اليمين بالله، وأيضاً قول النبي ﷺ «من حلف بغير الله فقد أشرك» وقوله «ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف باطلاقه انما ينصرف الى القسم وانما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئاً يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم، واذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت علي حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفاً بالوطء لان القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وان قال ان وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال ان وطئتك فلله علي صوم أمس وان قال ان وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا

وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لان الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال ان وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق

(مسألة) (وان حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن موليا)

لأنه إذا حلف على ترك الوطء في الدبر لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه لانه وطء محرم وقد أكد منع نفسه بيمينه وكذلك ان حلف على ترك الوطء دون الفرج لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه

(مسألة) (وان حلف لا يجامعها الا جماع سوء يريد جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً)

لانه يمكنه الوطء الواجب عليه من غير حنث وان قال أردت وطأ لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لانه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وكذلك ان أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج فكذلك وان لم يكن له نية فليس بمول لانه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا، وان قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لانه لم يحلف على ترك الوطء انما حلف على ترك صفته المكروهة.

(مسألة) (واذا حلف على ترك الوطء بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكري في فرجك وللبكر خاصة لا افتضضتك لم يدين فيه)

وجملته أن الالفاظ التي يكون بها موليا تنقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) ماهو صريح في الحكم والباطن جميعا كقوله والله لا أنيكك ولا أدخل أو أغيب

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج الى الماء والسترة وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لانه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين :إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وان سلمنا فالفرق بينهما ان المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا ، واذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لانه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن

(فصل) [الشرط الثاني] أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد ، وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي اذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لانه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على ما زاد ، وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وهذا مول فان الايلاء الحلف وهذا حالف

أو أولج ذكري في فرجك ولا اقتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة لا يدين فيها لانها لا تحتمل غير الايلاء .

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة الفاظ لاوطئتك ولا جامعتك ولاباضعتك ولاباعلتك ولاباشرتك ولاقربتك ولاأصبتك ولاأتيتك ولامسستك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لانها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فاتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال(من قبل أن تمسوهن) وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الاجسام وبالاصابة الاصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لانه حقيقة في غير الجماع وقال في لاباضعتك ليس بصريح لانه يحتمل أن يكون التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن موليا كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فاذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الايلاء ، ولان المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء . وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفيئة انها تكون في مدة الأربعة أشهر وظاهر الآية بخلافه فان الله تعالى قال (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا) فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه

اذ ثبت هذا فحكي عن ابن عباس ان المولي من يحلف على ترك الوطء أبدا أو مطلقا لانه اذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث لم يكن موليا كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولان الأربعة الأشهر مدة تضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فاذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد . ودليل الوصف ماروي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول

ولنا أنه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد بعضه القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع لا يبطل بلفظ الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في الفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الفاظ الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الالفاظ لانها تستعمل في غيره وبه قال أبو حنيفة

(القسم الثالث) مالا يكون موليا فيها الا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لايجمع رأسي ورأسك شيء لاساقف رأسي رأسك لاسوءنك لاغيظنك لتطولن غيبتي عنك لامس جلدي جلدك لاقربت فراشك لاآويت معك لانمت عندك فهذه ان أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا والا فلا لان هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص في استعمالها فيه الا أن هذه الالفاظ منقسمة الى ما يفتقر الى نية الجماع والمدة معاً وهي قوله لاسوءنك أو لاغيظنك أو لتطولن غيبتي عنك فلا يكون موليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لان غيظها يوجد بترك الجماع فيما دون ذلك وسائر الالفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط فان قال والله لا أدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن موليا لان الوطء الذي تحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر فان قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان موليا لان الفيئة لا تحصل بدون ذلك (الشرط الثاني) أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم في ان الحلف بذلك إيلاء .

تطاول هذا الليل وازور جانبه وليس الى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فكتب الى أمراء الاجناد ان لا تحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(فصل) وإذا علق الايلاء بشرط مستحيل كقوله : والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهبا أو يشيب الغراب فهو مول لان معنى ذلك ترك وطئها فان ما يراد احالة وجوده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) ومعناه لا يدخلون الجنة أبدا ، وقال بعضهم

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وان قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لان حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول الا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحبل في أربعة أشهر أو آيسة فأما ان كانت من ذوات الاقراء فلا يكون موليا لانه يمكن حملها ، قال القاضي واذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن موليا لان حملها ممكن

(مسألة) (وان حلف بنذر او عتق أو طلاق لم يصر موليا في الظاهر عنه وعنه يكون موليا)

إذا حلف على ترك الوطء بغير اسم الله تعالى وصفة من صفاته مثل ان حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان :

[احداهما] لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم

(والرواية الثانية) هو مول ، وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله تعالى ولان تعليق الطلاق والعتاق حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال ان وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال ، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها تجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لانه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق به حق الله تعالى .

(والرواية الأولى) هي المشهورة لان الايلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس (يقسمون) بدل يؤلون وروي عن ابن عباس في تفسير (يؤلون) قال يحلفون بالله ذكره الامام أحمد والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب

ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء ودليل استحالته قول مريم (أنى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا؟) وقولهم (ياأخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا) ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد وأيضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ولان العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء فان قالوا يمكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الاول فلا يصح فانه لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان موليا ، ولو صح ماذكروه لم يكن موليا ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة ان وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه وقد قال أهل الطب ان المني اذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الادلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ماقالوه واذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لاأطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن موليا لانه ليس بحالف على ترك الوطء وانما هو حالف على قصد ترك الحبل به فان حتى تستعمل بمعنى السببية

(فصل) وان علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب (أحدها) مايعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فان لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك ان قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لان يمينه على أكثر من أربعة أشهر

القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه لحقيقته ويدل على هذا قول الله تعالى (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) وانما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضا قول النبي ﷺ « ان الله ينها كم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه وان سلمنا ان غير القسم حلف لكن الحلف باطلاقه إنما ينصرف الى القسم وانما يصرف الى غيره بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله وصفاته لا يكون إيلاء لانه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون ايلاء كالخبر بغير قسم واذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا الا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله ان وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون ايلاء لانه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال ان وطئتك فأنت زانية أو فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا) لانه لو وطئها لم يلزمه حق ولا يصير قاذفا بالوطء لان القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لما كا لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وأما قوله ان وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضي بعضه فلا يلزم بالنذر

(الثاني) ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون موليا لان الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض انسان بعينه

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بايلاء لانه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك

(الرابع) أن يعلقه على ما يعلم انه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ولانه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك شهراً

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها وذلك ينقسم أقساما ثلاثة (أحدها) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله والله لا أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك فهذا ليس بايلاء لانه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه فأشبه الذي قبله (والثاني) أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو

كما لو قال ان وطئتك فلله علي صوم أمس. فلو قال ان وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لان الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال ان وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج الى الماء والسترة ، وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لانه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وان سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا واذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لانه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا اذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن (الشرط الثالث) أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي اذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لانه يمتنع عن الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على

تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أونحوه فهذا ايلاء لانه علقه بممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا (الثالث) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا ايلاء لان أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر، وان قال والله لاأطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جميلا لم يكن ايلاء لان فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما

(فصل) وان قال والله لاوطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لانه يمكنه وطؤها بغير حنث ولانه محسن في كونه لزم نفسه اجتناب سخطها، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لاوطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فانه لا يكون موليا، وان قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن موليا لذلك إلا أن يكون بها مرض لايرجى برؤه أو لايزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فان قال ذلك لها وهي صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا وان لم يرج برؤها فيها صار موليا، وكذلك ان كان الغالب أنه لايزول في أربعة أشهر صار موليا لان ذلك بمنزلة مالا يرجى زواله، وان قال والله لا وطئتك

ما زاد وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى واسحاق من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير فتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وهذا مول لان الايلاء الحلف وهذا حالف

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر إذا حلف على أربعة فما دونها لا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الايلاء ولان المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في العنة إنها تكون في مدة أربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فان الله تعالى قال (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا) فعقب الفيئة عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه اذا ثبت هذا فقد حكي عن ابن عباس أن المؤلي من يحلف على ترك الوطء ابداً أو مطلقا لانه اذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص بغير الحنث فلم يكن موليا كما لو حلف لاوطئها في مدينة بعينها

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير الحنث ولان الاربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فاذا حلف على أكثر منها كان موليا كالابد ودليل الوصف ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول :

حائضا ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا لان ذلك محرم ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه منه بيمينه وان قال والله لا وطئتك طاهراً أولا وطئتك وطئا مباحا صار موليا لانه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لا وطئتك في قبلك ، وان قال والله لا وطئتك ليلا أو والله لا وطئتك نهارا لم يكن موليا لان الوطء يمكن بدون الحنث ، وان قال والله لا وطئتك في هذه البلدة أو في هذا البيت أو نحو ذلك من لامكنة المعينة لم يكن موليا، وهذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لانه حالف على ترك وطئها ولنا انه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى في يمينه

(فصل) وان حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه انحل الايلاء ، قال الاثرم قيل لابي عبد الله : المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الاربعة الاشهر ؟ قال يذهب عنه الايلاء ولا يوقف بعد الاربعة وذهب الايلاء حين ذهبت اليمين وذلك لانه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه فأشبه من حلف واستثنى فان كان تكفيره قبل بعد مضي الاربعة الاشهر انحل الايلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر ، وإن كفر بعد الاربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها اذا مضت مدة يمينه قبل وقفه

تطاول هذا الليل وازور جانبه وليس الي جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا رب غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني واكرام بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فكتب الى أمراء الاجناد أن لا يحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(فصل) اذا علق الايلاء بشرط مستحيل كقوله والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مول لان معنى ذلك ترك وطئها لان ما يراد احالة وجوده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) معناه لا يدخلون الجنة أبداً . وقال بعضهم

اذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

(مسألة) (أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل من أربعة أشهر)

كقوله والله لا وطئتك حتى ينزل عيسى بن مريم أو يخرج الدجال أو الدابة أو غير ذلك من اشراط الساعة أو ما عشت أو حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك او زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فانه يكون موليا فان الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبه مالو قال والله لا وطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها او مرض بعينه ، وان قال والله لا وطئتك

(فصل) فان قال والله لاوطئتك ان شاء فلان لم يصر موليا حتى يشاء فاذا شاء صار موليا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعا من الوطء حتى يشاء فلا يكون موليا حتى يشاء ، وإن قال والله لاوطئتك ان شئت فكذلك ، وقال أصحاب الشافعي ان شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف إن فكان على التراخي كمشيئة غيرها فان قيل فهلا قلتم لا يكون موليا فانه علق ذلك بارادتها فأشبه مالو قال لاوطئتك إلا برضاك؟ قلنا الفرق بينهما أنها اذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث ، واذا قال والله لاوطئتك إلا برضاك فما حلف إلا على ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في الحال الاخرى بغير حنث واذا طالبته بالفيئة فهو برضاها ، ولو قال والله لاوطئتك حتى تشائي فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون موليا بذلك ، وإن قال والله لاوطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن موليا

إلى قيام الساعة أو حتى آتي الهند أو نحوه فهو مؤل لانه معلوم أنه لا يوجد ذلك في أربعة أشهر لان قيام الساعة له علامات تسبقه فقد علم أنه لا يوجد في المدة المذكورة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لاوطئتك حتى تحبلي فهو مؤل)

لان حبلها من غير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وابو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمؤل إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن انها لا تحمل في أربعة أشهر أو تكون آيسة فاما ان كانت من ذوات الاقراء لم يكن مؤليا لان حملها ممكن

ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السما ، ودليل استحالته قول مريم (أنى يكون لي ولد ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا ؟) ولولا استحالته لما نسبت نفسها إلى البغاء لوجود الولد وأيضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان الحبل او الاعتراف ولان العادة أن الحبل لا يوجد من غير الوطء فان قالوا يمكن حبلها من وطء غيره أو باستدخال منيه قلنا أما الاول فلا فانه لو صرح به فقال لاوطئتك حتى تحبلي من غيري أو مادمت في نكاحي أو حتى تزني كان مؤليا ولو صح ماذكروه لم يكن مؤليا

وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة ان وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه ، وقد قال أهل الطب ان المني اذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الادلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه واذا كان تعليقه على موتها أو موته ايلاء فتعليقه على حبلها من غير وطء أولى فان قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن مؤليا لانه ليس بحالف على ترك الوطء وانما حلف على ترك قصد الحبل به فان حتى تستعمل بمعنى السببية

لانه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الاربعة أشهر إمكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبه مالو قال والله لاوطئتك إلا أن تدخلي الدار وان قال والله لاوطئتك إلا أن تشائي لم يكن موليا وكان بمنزلة قوله الا برضاك أو حتى تشائي ، وقال ابو الخطاب ان شاءت في المجلس لم يصر موليا وإلا صار موليا ، وقال أصحاب الشافعي ان شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر موليا والا صار موليا لان المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها ، وقال القاضي تنعقد يمينه فان شاءت انحلت وإلا فهي منعقدة

ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها لا عند إرادتها فأشبه مالو قال الا برضاك أو حتى تشائي ولانه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها ، وأما قول القاضي فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاء ألان تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الاربعة الاشهر امكانا غير بعيد ليس بايلاء والله أعلم

(فصل) فان قال والله لاوطئتك فهو إيلاء لانه قول يقتضي التأبيد ، وان قال والله لاوطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لان اللفظ يحتمله فانصرف اليه بنيته ، وان نوى مدة قصيرة لم يكن ايلاء لذلك وان لم ينو شيئا لم يكن ايلاء لانه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير ، وان قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر أو فاذا مضت فوالله لاوطئتك شهرين أو لاوطئتك شهرين فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان

﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لاوطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليا حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر)

لان ذلك يقع على القليل والكثير فلا يصير موليا به فان نوى أكثر من أربعة أشهر صار موليا

﴿ مسألة ﴾ (وان حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد أو نحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليا)

لانه لا يعلم قدره فهذا ليس بايلاء لكونه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولانه يمكنه وطؤها في غير البلدة المحلوف عليها وهذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لانه حالف على ترك وطئها

ولنا أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى في يمينه ، فان علقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ونزول المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولانه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر أشبه مالو قال والله لاوطئتك شهرا

(فصل) فان علقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها فهو منقسم ثلاثة أقسام

(أحدهما) ليس بمول لانه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو الا مدتهما ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه مالو اقتصر عليها .

(والثاني) يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبه مالو حلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا ايلاء أفضى الى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين فلا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم

(فصل) فان قال ان وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن موليا في الحال لانه لا يلزمه بالوطء حق لكن ان وطئها صار موليا لانها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الاول لانه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول ان قال والله لا وطئتك لا دخلت الدار لم يكن[1] موليا من الاول فاذ وطئها انحل الايلاء لانه لم يبق ممتنعا من وطئها بيمين ولا غيرها وانما بقي ممتنعا باليمين من دخول الدار ولنا أن يمينه معلقة بشرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولانه يمكنه الوطء من غير

[1] في نسخة يكون موليا

(أحدها) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله والله لا أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك ، فهذا ليس بايلاء لانه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه

(الثاني) أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً ونحوه فهذا إيلاء لانه علقه على ممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا

(الثالث) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة كقوله والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك أو جنينك أو حتى تكفلي ولدي أو حتى تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا ايلاء لان أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر فان قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا او أفعل في حقك جميلا لم يكن ايلاء لان فعله ذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما .

(فصل) فان قال والله لا وطئتك الا برضاك لم يكن موليا لامكان وطئها بغير حنث ولانه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فان قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن موليا الا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أولا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر

حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا وكونه يصير موليا لايلزمه به شيء وانما يلزمه بالحنث ولو قال والله لاوطئتك في السنة الا مرة لم يصر موليا في الحال لانه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فاذا وطئها وقد بقي من السنة اكثر من أربعة أشهر صار موليا، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي، وظاهر مذهب الشافعي في قوله القديم يكون موليا في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه، وان قال والله لا وطئتك سنة إلا يوما فكذلك وبهذا قال أبو حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم ولذلك لو قال: صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ولو قال لاأكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوما منها

وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال وهو قول زفر لان اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار بخلاف قوله لاوطئتك في السنة إلا مرة فان المرة لا تختص وقتا بعينه، ومن نصر الاول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيها ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولاخيار لانه لو جازت له المطالبة في أثناء الاجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد الى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف مانحن فيه فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لايمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة فصار ذلك كقوله لاوطئتك في السنة إلا مرة والله أعلم

فان قال ذلك لها وهي صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا وان لم يرج برؤه فيها صار موليا، وكذلك ان كان الغالب أنه لايزول في أربعة أشهر لان ذلك بمنزلة مالا يرجى زواله وان قال والله لاوطئتك حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة فرضا لم يكن موليا لان ذلك ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه بيمينه، وان قال والله لاوطئتك طاهرا أو لاوطئتك وطأ مباحا صار موليا لانه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لاوطئتك في قبلك وان قال والله لاوطئتك ليلا أو والله لاوطئتك نهاراً لم يكن موليا لان الوطء ممكن بدون الحنث

(مسألة) (وان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك وان دخلت الدار فوالله لاوطئتك لم يكن موليا في الحال لانه لا يلزمه بالوطء حق لكن ان وطئها أو دخلت الدار صار موليا)

لانها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي ويحتمل أن يكون موليا، وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الاول لانه لايمكنه الوطء الا أن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر ولانه علقه على شيء اذا وجد صار موليا فيصير موليا في الحال كذلك ههنا

ولنا أن يمينه معلقة على شرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولانه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا

(فصل) فان قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوي عاما آخر سواه، وان قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لانها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الاخرى فأشبه ما لو اقر بدرهم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرهم فيكون ايلاء واحدا لهما وقت واحد وكفارة واحدة، وان نوى باحدى المدتين غير الاخرى في هذه أو في التي قبلها أو قال والله لا وطئتك عاما ثم والله لا وطئتك عاما آخر أو نصف عام آخر أو قال والله لا وطئتك عاما فاذا مضى فوالله لا وطئتك عاما فهما ايلاآن في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فاذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به

فان قال في المحرم والله لا وطئتك هذا العام ثم قال والله لا وطئتك عاما من رجب الى تمام اثنى عشر شهراً أو قال في المحرم والله لا وطئتك عاما ثم قال في رجب والله لا وطئتك عاما فهما إيلاآن في مدتين بعض إحداهما داخل في الاخرى فان فاء في رجب أوفيما بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب أو بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى وان فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

﴿مسئلة﴾ (وان قال والله لا وطئتك في السنة الا مرة لم يصر موليا في الحال)

لانه يمكنه الوطء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فان وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي وقال الشافعي في القديم يكون موليا في الحال لانه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر

ولنا أن يمينه معلقة بالاصابة فقبلها لا يكون حالفا لانه لا يلزمه بالوطء شيء وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء انما يلزمه بالحنث، وقوله لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا ممنوع فيما إذا لم يطأ إلا وقد بقي من السنة أربعة أشهر فما دون

﴿مسئلة﴾ (وان قال والله لا وطئتك في السنة إلا يوما فكذلك في أحد الوجهين)

وهو قول أبي حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم وكذلك لو قال صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر، وكذلك لو قال لا أكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوماً منها، وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال لان اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل، ومدة الخيار بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فان المرة لا تختص وقتا بعينه، ومن نصر الاول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لانه لو جازت له المطالبة لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل

(فصل) فان قال لأربع نسوة والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا ، فان قلنا يحنث فهو مول منهن كلهن في الحال لانه لايمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ، فان وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي ، وان طلق بعضهن أو مات لم ينحل الايلاء في البواقي

وان قلنا لايحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها ، فان وطيء ثلاثا صار موليا من الرابعة لانه لايمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه ، وان مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لايحنث بوطئهن وانما يحنث بوطء الاربع فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطيء واحدة حنث ولم ينحل الايلاء في البواقي لان الايلاء من امرأة لاينحل بوطء غيرها

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولانه إذا وطيء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها ، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من

بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف مانحن فيه فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لايمنع حكم اليمين فيما بقي منها فصار كقوله لاوطئتك في السنة إلا مرة

(فصل) فان قال والله لاوطئتك عاما ثم قال والله لاوطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين الا أن ينوي عاما آخر سواه ، فان قال والله لاوطئتك عاما ثم قال والله لاوطئتك نصف عام أو قال والله لاوطئتك نصف عام ثم قال والله لاوطئتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الاخرى فأشبه مالو أقر بدرهم لرجل ثم أقر له بنصف درهم اوأقر بنصف درهم ثم بدرهم فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد وكفارة واحدة ، وان نوى باحدى المدتين غير الاخرى في هذه او في التي قبلها او قال والله لاوطئتك عاما فاذا مضى فوالله لاوطئتك عاما فهما إيلاآن في زمانين لايدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فاذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به ، فان قال في المحرم والله لاوطئتك هذا العام ثم قال في رجب والله لاوطئتك عاما فهما إيلاآن في مدتين بعض إحداهما داخل في الاخرى فان فا في رجب اوفيما بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين ويجزئه كفارة واحدة و ينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب او بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى ، وان فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

الرابعة ، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الاربع وقال أصحاب الرأي : يكون موليا منهن كلهن فان تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء ، وان وطيء بعضهن سقط الايلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا، ولنا انه من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتي يحلف عليها

(فصل) فان قال والله لاوطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها وان نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر موليا منهن في الحال فاذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منهن بالقرعة كالطلاق اذا أوقعه في مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث فان طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي ، وإن وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لانها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما اذا طلق واحدة او ماتت فانه لم يحنث ثم فبقي حكم يمينه فيمن بقي منهن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي أنه اذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لان لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم

(فصل) فان حلف على وطء امرأته عاما ثم كفر يمينه انحل الايلاء قال الاثرم قيل لابي عبد الله المولي يكفر يمينه قبل مضي أربعة أشهر قال يذهب عنه الايلاء ويوقف بعد الاربعة وذهب الايلاء حين ذهبت اليمين وذلك لانه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه فأشبه من حلف واستثنى ، فان كان تكفيره قبل مضي الاربعة الاشهر انحل الايلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر وان كفر بعد الاربعة وقبل الوقف صار كالحالف على أكثر منها اذا مضت يمينه قبل وقفه

﴿مسئلة﴾ (فان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو فاذا مضت فلا وطئتك شهرين او لا وطئتك فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان

(أحدهما) ليس بمول لانه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو الا مدتهما ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه ما لو اقتصر عليها ، ويحتمل أن يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لا يمكن الوطء بعد المدة الا بحنث في يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمتنع من الوطء طول دهره باليمين ولا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة أشهر لما ذكرنا من التعليلين هذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى

ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (ولم يتخذ صاحبة) وقوله (ولم يكن له كفواً أحد) وقوله (ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور) ولو قال انسان والله لاشربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أي اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم ، وان قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لان اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد وهذا مذهب الشافعي إلا أنه اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور في الطلاق

(فصل) فان قال والله لاوطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لان لفظة كل أزالت احتمال الخصوص ومتى حنث في البعض انحل الايلاء في الجميع كالتي قبلها ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لاتنحل في الباقيات

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولان اليمين الواحدة اذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه موليا منهن كلهن اذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(احداهما) يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد

(والثانية) يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي فاذا

(مسألة) وان قال والله لاوطئتك ان شئت فشاءت صار موليا)

وبهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعا من الوطء حيث نشاء الا أن أصحاب الشافعي قالوا إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا وان أخرت المشيئة انحلت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف ان فكان على التراخي كمشيئة غيرها ، فان قيل فهلا قلتم لايكون موليا فانه علق ذلك بارادتها فأشبه مالو قال لا وطئتك الا برضاك ؟ قلنا الفرق بينهما انها اذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لايمكنه الوطء بعد ذلك بغير حنث ، واذا قال والله لاوطئتك الا برضاك فما حلف الاعلى ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في حال رضاها بغير حنث واذا طالبته بالفيئة فهو برضاها، وان قال والله لاوطئتك الا أن يشاء أبوك اوفلان لم يكن موليا لانه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الاربعة الاشهر امكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة أشبه مالو قال والله لا وطئتك الا أن تدخلي الدار

(مسألة) (وان قال الا أن تشائي او الا باختيارك او الا أن تختاري لم يصر موليا وصار كقوله الا برضاك او حتى تشائي)

وقال ابو الخطاب ان شاءت في المجلس لم يصر موليا والاصار موليا وقال أصحاب الشافعي ان شاءت

وقف للاولى وطلقها ووقف للثانية فان طلقها وقف للثالثة فان طلقها وقف للرابعة، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه الاخرى لان يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وان وطىء احداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات على ماقلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف الباقيات كما لو طلق التي وقف لها

(فصل) فان قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق فان قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وان قلنا هو ايلاء فهو مول منهن جميعا لانه لايمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لانه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه، وان كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حقهن لانه لايمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلاأن المدة تستأنف من حين الرجعة، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سنذكره فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فاذا وطئها طلق ضرائرها وان وطىء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لانها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

على الفور عقيب كلامه لم يصر موليا والا صار موليا لان المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها ، وقال القاضي تنعقد يمينه فان شاءت انحلت والا فهي منعقدة

ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها الا عند ارادتها فأشبه مالو قال الا برضاك اوحتى تشائي ولانه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها، فأما قول القاضي فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وان أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك ايلاء لان تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة أربعة أشهر امكانا غير بعيد ليس بإيلاء

(مسئلة) (وان قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن الا أن يريد واحدة بعينها وان أراد واحدة مبهمة فقال ابو بكر تخرج بالقرعة)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لنسائه والله لاوطئت واحدة منكن وأطلق كان موليا من جميعهن في الحال لانه لايمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث ، فان طلق واحدة منهن او ماتت كان موليا من البواقي فان وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولايبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما اذا طلق واحدة او ماتت فانه لم يحنث ثم فيبقى حكم يمينه في الباقيات منهن وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي أنه اذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض اصحاب الشافعي لان لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم

(فصل) الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لاوطئتك في الدبر لم يكن مؤليا لانه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وانما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وان قال والله لاوطئتك دون الفرج لم يكن مؤليا لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لاجامعتك الا جماع سوء سئل عما أراد فان قال أردت الجماع في الدبر فهو مؤل لانه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك ان قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لايزيد على التقاء الختانين لم يكن مؤليا لانه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وان قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لانه لايمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وان لم تكن له نية فليس بمؤل لانه محتمل فلا يتعين مايكون به مؤليا وان قال والله لاجامعتك جماع سوء لم يكن مؤليا بحال لانه لم يحلف على ترك الوطء انما حلف على ترك صفته المكروهة

(فصل) الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان غير الزوجة لاحق لها في وطئه فلا يكون مؤليا منها كالاجنبية فان حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا لما ذكرنا

ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (لم يتخذ صاحبة ولا ولدا) وقوله (ولم يكن له كفوا أحد) ولو قال انسان والله لاشربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أي اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم فان قال نويت واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها لان اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد ، وان قال نويت واحدة مبهمة قبل منه لذلك، وهذا مذهب الشافعي ولا يصير موليا منهن في الحال فاذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة، وقال ابو بكر تخرج بالقرعة كما لو طلق واحدة من نسائه لا بعينها ومذهب الشافعي فيما اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور فيما إذا طلق واحدة بعينها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لاوطئت كل واحدة منكن كان موليا من جميعهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لان لفظة كل أزالت احتمال الخصوص وتنحل يمينه بوطء واحدة كالمسئلة التي قبلها)

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات لانه صرح بمنع نفسه من كل واحدة فأشبه مالو حلف على كل واحدة يمينا

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ولان اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها

وان حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مؤليا لذلك وبه قال الشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير مؤليا اذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان مؤليا كما لو حلف في الزوجية ، وحكي عن أصحاب الرأي انه ان مرت به امرأة فحلف ان لايقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وان قال إن تزوجت فلانة فوالله لاقربتها صار موليا لانه أضاف اليمين الى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزويجها

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وهذه ليست من نسائه ولان الايلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولان المدة تضرب له لقصده الاضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح لانه يمين فعلى هذا التعليل يصح الايلاء قبل النكاح والمنصوص انه لايصح لما ذكرناه

(فصل) فان آلى من الرجعية صح إيلاؤه : وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر ابن حامد ان فيه رواية أخرى انه لايصح ايلاؤه لان الطلاق يقطع مدة الايلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحة ابتداء أولى

ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح ايلاؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وان كانت في العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويجيء على قول الخرقي أن لايحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لان ظاهر كلامه ان الرجعية محرمة وهذا مذهب الشافعي لانها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولان الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة

ووجه الاول ان من صح ايلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين ايلائه كما لو لم تكن مطلقة ولانها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها، وفارق البائن فانها ليست زوجة ولا يصح الايلاء منها بحال فهي كسائر الاجنبيات

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لا أطؤكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين)

وهذا ينبني على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه اولا ؟ فان قلنا يحنث فهو مؤل منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال فان وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي وان طلق بعضهن أو ماتت لم ينحل الايلاء في البواقي وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لانه يمكنه وطء واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها فان وطيء ثلاثا صار موليا من الرابعة لانه لايمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وان ماتت بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لا يحنث إلا بوطء الاربع فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطيء واحدة يحنث ولم ينحل الايلاء في البواقي لان الايلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحرة المسلمة ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي وقال عطاء والزهري والثوري انما يصح الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى لانه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول، ويصح الايلاء من المجنونة والصغيرة الا أنه لايطالب بالفيئة في الصغر والجنون لانهما ليسا من أهل المطالبة فاما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لايصعد السماء، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لان المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة، فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة المعذور لان الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فاشبه المجبوب

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبي والمجنون فلا يصح ايلاؤهما لان القلم مرفوع عنهما ولانه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر، وأما العاجز عن الوطء فان كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح ايلاؤه لانه يقدر على الوطء فصح منه الامتناع منه وان كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد كما لو حلف أن لايقلب الحجارة ذهبا ولان الايلاء: اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فانه متعذر منه ولاتضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياسا على العاجز بمرض أوحبس وللشافعي في ذلك قولان والاول أولى لما ذكرنا، فاما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح ايلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره مايمكن الجماع به

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولانه اذا وطء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولايحنث حتى يطأ الاربع، وقال أصحاب الرأي يكون موليا منهن كلهن فان تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء وان وطيء بعضهن سقط الايلاء في حقها ولايحنث إلا بوطئهن جميعا.

ولنا أن من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتي لم يحلف عليها

(فصل) وفي هذه المواضع التي قلنا يكون موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وان طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(فصل) ويصح ايلاء الذمي ويلزمه مايلزم المسلم إذا تقاضوا الينا وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وأبو ثور وان أسلم لم ينقطع حكم ايلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ومحمد ان حلف بالله لم يكن موليا لانه لايحنث إذا جامع لكونه غير مكلف ، وان كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مؤل لانه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولانه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان موليا كالمسلم ولان من صح طلاقه صح ايلاؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح ايلاؤه كالمسلم

(فصل) ولا يشترط في الايلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر وروي عن علي رضي الله عنه ليس في اصلاح إيلاء . وعن ابن عباس قال : انما الايلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة وقال مالك والاوزاعي وابو عبيد من حلف لايطأ زوجته حتى تفطم ولده لايكون إيلاء اذا أراد الاصلاح لولده

ولنا عموم الآية ولانه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان موليا كحال الغضب يحققه ان حكم الايلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار او لم يقصد كاستيفاء ديونها واتلاف مالها ولان الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضى فكذلك الايلاء ولان حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا فكذلك في الايلاء ، وأما اذا حلف ان لايطأها حتى تفطم ولده فان أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل ، وان أراد فعل الفطام لم يكن مؤليا لانه ممكن قبل الاربعة الاشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مؤليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار

[إحداهما] يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد (والثانية) يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي واذا وقف للاولى فطلقها وقف للثانية فان طلقها وقف للثالثة فان طلقها وقف للرابعة وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للاخرى لان يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن فان وطيء إحداهن حين وقف لها أو قبلها انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات على ما قلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها .

(فصل) فان قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق فان قلنا ليس هذا بايلاء فلا كلام وان قلنا هو إيلاء فهو مول منهن كلهن لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لانه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه فان كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حقهن لانه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق

(فصل) في الالفاظ التي يكون بها موليا وهي ثلاثة أقسام (أحدها) ماهو صريح في الحكم والباطن جميعا وهو ثلاثة ألفاظ قوله والله لا آتيك ولا أدخل ولا أغيب او أولج ذكري في فرجك ولا افتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لانها لاتحتمل غير الايلاء

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيما بينه و بين الله تعالى وهي عشرة ألفاظ لا وطئتك ولا جامعتك ولا أصبتك ولا باشرتك ولا مسستك ولا قربتك ولا أتيتك ولا باضعتك ولا باعلتك ولا أغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لانها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فأتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال تعالى (من قبل أن تمسوهن)

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم و بالجماع اجتماع الاجسام ، وبالاصابة الاصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لانه حقيقة في غير الجماع ، وقال في لا باضعتك ليس بصريح لانه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا انه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع ، وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الالفاظ لانها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

ضرائرها وكذلك ان راجع بعضهن كذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ولو كان الطلاق تاما فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجها في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سنذكره بعد ان شاء الله تعالى وان قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فاذا وطئها طلق ضرائرها وان وطء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لانها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

(مسئلة) (وان آلى من واحدة وقال للاخرى شركتك معها لم يصر موليا من الثانية لان اليمين بالله لا تصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين، وقال القاضي يكون موليا منهما كما لو طلق واحدة ، وقال للاخرى شركتك معها ينوي به الطلاق والفرق بينهما أن الطلاق ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين وان قال ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى شركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية وان

(القسم الثالث) مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لايجمع رأسي ورأسك شيء لاساقف رأسي رأسك لاسوءنك لأغيظنك لتطولن غيبتي عنك لامس جلدي جلدك لاقربت فراشك لاأويت معك لانمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لان هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الالفاظ منقسمة إلى مايفتقر فيه الى نية الجماع والمدة معا وهي قوله لاسوأنك ولا غيظنك ولتطولن غيبتي عنك فلا يكون مؤليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لان غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر هذه الالفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركي لجماعك أو لوطئك او لاصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لانه صريح فيه ، وإن قال والله لاجامعتك إلا جماعا ضعيفا لم يكن موليا إلا أن ينوي جماعا لايبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لاأدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن موليا لان الوطء الذي يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لاأولجت حشفتي في فرجك كان موليا لان الفيئة لاتحصل بدون ذلك

(فصل) وان قال لاحدى زوجتيه والله لاوطئتك ثم قال للاخرى أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية لان اليمين بالله لايصح الا بلفظ صريح من اسم أوصفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضي يكون موليا منهما وان قال ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية فان قلنا ان ذلك إيلاء في الاولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها والا فليس بايلاء في واحدة منهما وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأي هو مول

ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها.

قلنا إن ذلك ايلاء في الاولى صار ايلاء في الثانية لانها صارت في معناها والا فليس بايلاء في واحدة منها وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأي هو مول .

ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها

ويصح الايلاء بكل لغة كالعجمية وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لان اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة والمولي هو الحالف بالله أو بصفته على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لايدري معناها لم يكن موليا وان نوى موجبها عند أهلها وكذلك الحكم اذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فان اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله اذا كان متكلما بغير لسانه لان الاصل عدم

(فصل) ويصح الايلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لان اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمؤلي هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن موليا ، وان نوى موجبها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فان اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لان الاصل عدم معرفته بها فاما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد او قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ومدة الايلاء في حق الاحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ، ولا فرق بين الحرة والامة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر وعن احمد رواية أخرى ان مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار ابي بكر ، وقول عطاء والزهري ومالك وإسحاق لانهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في مدة الايلاء ، وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الامة شهران ومن الحرة أربعة وقال الشعبي إيلاء الامة نصف إيلاء الحرة وهذا قول أبي حنيفة لان ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولانها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة

ولنا عموم الآية ولانها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العنة ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لان العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الايلاء فان الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه

معرفته بها فأما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي في ايلائه بالعجمية لم يقبل قوله في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ولا يصح الايلاء الا من زوجته لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وان حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا اذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لانه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان موليا كما لو حلف في الزوجية وحكي عن أصحاب الرأي أنه من مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا وان قال تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لانه أضاف اليمين الى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزوجها

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وليست هذه من نسائه ولان الايلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولان المدة تضرب له لقصده الاضرار بها بيمينه فاذا كانت اليمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة والفيئة الجماع)

وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته الى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة فان أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة قال احمد في الايلاء يوقف عن الاكابر من أصحاب النبي ﷺ عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة، وروي ذلك عن ابي الدرداء وقال سليمان بن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الايلاء ، وقال سهيل ابن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فان فاء والا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر ابن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والاوزاعي وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي إذا مضت أربعة أشهر فهي طليقة بائنة ، وروي ذلك عن عثمان وعلي وزيد وابن عمر وروي عن ابي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ولان هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم) وظاهر ذلك أن الفيئة بعد اربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه (وقوله سميع عليم) يقتضي ان الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما ولانها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولان هذه مدة لم

قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح والمنصوص عدم الصحة لما ذكرنا

(فصل) فان آلى من الرجعية صح إيلاؤه ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن حامد فيه رواية أخرى أنه لا يصح ايلاؤه لان الطلاق يقطع مدة الايلاء اذا طرأ فلان يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة واذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وان كانت في العدة ذكره ابن حامد وهو قول ابي حنيفة ويجيء على قول الخرقي أن لا يحتسب عليه بالمدة الا من حين راجعها لان الرجعة في ظاهر كلامه محرمة وهو مذهب الشافعي لانها معتدة أشبهت البائن ولان الطلاق اذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة ووجه الاول أنه من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ، ولانها

يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لا يقع إلا بعضيها [1] ولان مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلا ولا يستحق المطالبة الا بعد مضي الاجل كالدين

(1) في نسخة لا يقع بعضيها

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى ضرب كمدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فان وطئها فيها فقد عجل لها حقها قبل محله وخرج من الايلاء كمن عليه دين دفعه قبل الاجل وهكذا ان وطيء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الايلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لانه فعل ما حلف عليه فان وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي

وقال ابو بكر يحنث وعليه الكفارة لانه فعل ما حلف عليه والاول أصح لانه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ويخرج بوطئه عن الايلاء لانه قد وفاها حقها وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل وانما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا فانه قال إذا وطيء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لان وطأه الاول ما حنث به ، وإذا بقيت يمينه بقي الايلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزني

وينبغي أن يستأنف له مدة الايلاء من حين وطيء لانه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه وقيل تضرب له المدة إذا عقل لانه حينئذ يمتنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالاول قال قد وفاها حقها فلم يبق الايلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الايلاء مع اليمين كالوحالف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها

مباحة واحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن فانها ليست زوجة ؛ ولا يصح الايلاء منها بحال فهي كسائر الاجنبيات

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت او ذمية حرة او أمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحرة المسلمة ، ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده ، وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال عطاء والزهري والثوري انما الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى ولانه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ويصح الايلاء من الصغيرة والمجنونة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في حال الصغر والجنون لانهما ليستا من أهل المطالبة . فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كالوحالف

(فصل) وان وطىء العاقل ناسيا ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل ايلاؤه وذهبت يمينه وان قلنا لايحنث فهل ينحل ايلاؤه ؟ على وجهين قياسا على المجنون وكذلك يخرج فيما اذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانت زوجته

وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ما حلف عليه ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الايلاء يحتمل وجهين (أحدهما) يخرج لان المرأة وصلت الى حقها فأشبه مالو وطىء (والثاني) لا يخرج من حكم الايلاء لانه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك والحكم فيما إذا وطىء وهو نائم كذلك لانه لايحنث به

(فصل) وان وطئها وطأ محرما مثل أن وطئها حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرما أو صائما أو مظاهراً حنث وخرج من الايلاء وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لايخرج من الايلاء لانه وطء لا يؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الايلاء كالوطء في الدبر ، ولا يصح هذا لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه انه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع انه ما وفاها حقها فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى ، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر انهما إذا وطئا فقد وفياها حقها وفارق الوطء في الدبر فانه لايحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ايلائه لان المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو

لا يصعد السماء ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لان المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة ، فعلى هذا يفيء فيئة المعذور لان الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا يمكن المطالبة به فأشبه المجبوب

(فصل) (الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الوطء وتلزمه الكفارة بالحنث مسلماً كان أو كافراً حراً أو عبداً سليما أو خصياً أو مريضاً يرجى برؤه)

وجملة ذلك أنه يشترط أن يكون الايلاء من زوج لقول الله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم) ويشترط أن يكون مكلفاً فأما الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لان القلم مرفوع عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا الينا)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وان أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك ان أسلم سقط حكم يمينه وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف بالله لم يكن موليا لانه لايحنث اذا جامع لكونه غير مكلف وان كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لانه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولانه مانع نفسه باليمين من

أمكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة،وان طرأ شيء من هذه الاعذار بعد الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه ، وان كان المانع من جهتها نظرنا فان كان حيضا لم يمنع ضرب المدة لانه لو منع لم يمكن ضرب المدة لان الحيض في الغالب لايخلو منه شهر فيؤدي ذلك الى إسقاط حكم الايلاء، وان طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان (أحدهما) هو كالحيض لان أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هو كسائر الاعذار التي من جهتها لانه نادر غير معتاد فاشبه سائر الاعذار ، وأما سائر الاعذار التي من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها فمتى وجد منها شيء حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لان المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وان وجد شيء من هذه الاسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى لان قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة ، وان حنث وهربت من يده انقطعت المدة وان بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها ، فان قيل فهذه الاسباب منها ما لاصنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض،قلنا اذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما ان البائع اذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة الا من حين رجوع المرتد منهما إلى الاسلام ، وان طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث وحرم الوطء فاذا عاد إلى الاسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما او من أحدهما وكذلك ان أسلم أحد الزوجين الكافرين او خالعها ثم تزوجها والله أعلم

جماعها فكان موليا كالسليم ولان من صح طلاقه صح إيلاؤه ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالسليم فأما العاجز عن الوطء فان كان لعارض مرجو الزوال كالمرض والحبس صح إيلاؤه لانه يقدر على الوطء فصح منه الامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد كما لو حلف لا يقلب الحجارة ذهباً ولان الايلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لايمنعه يمينه فانه متعذر منه ولا يضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياساً على العاجز بمرض أوحبس ، وفيئته لو قدرت لجامعتك لانه معذور فيفيء بلسانه كالعاجز بعذر يزول،وللشافعي في ذلك قولان والاول أولى لما ذكرنا فأما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكنه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره مايمكن الجماع به

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون)

لان القلم مرفوع عنهما ولانه قول يجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر

(فصل) وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فان طالبته فطلب الامهال فان لم يكن له عذر لم يمهل لانه حق توجه عليه لاعذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولان الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة فانه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بامهال، فان قال أمهلوني حتى آكل فاني جائع أو ينهضم الطعام فاني كظيظ او أصلي الفرض أو أفطر من صومي أمهل بقدر ذلك فانه يعتبر أن يصير الى حال يجامع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع الى بيته لان العادة فعل ذلك في بيته، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لان الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لانه انما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر ان لم يكن العذر قاطعا المدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

(فصل) فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده وقال القاضي هذا قياس المذهب لانها رضيت باسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين اذا رضيت بعنته، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لانها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع، وان سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لان حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة

(فصل) والامة كالحرة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لان الحق

﴿ مسئلة ﴾ (وفي إيلاء السكران وجهان) بناء على طلاقه

(فصل) ولا يشترط في صحة الايلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود، وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر

وروي عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء، وعن ابن عباس قال: إنما الايلاء في الغضب ونحوه عن الحسن والنخعي وقتادة، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الصلاح لولده

ولنا عموم الآية ولانه مانع لنفسه من جماعها بيمينه فكان موليا كحال الغضب، يحققه أن حكم الايلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار أو لم يقصد كاستيفاء دونها واتلاف مالها ولان الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضاء فكذلك في الايلاء، وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فاذا أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول

لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لانه لاحق له ، فان قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها الا باذنه ، قلنا لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ، ولو أن المولي وطيء بحيث يوجد التقاء الختانين حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وان لم ينزل وانما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة او مجنونة فليس لها المطالبة لان قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لها لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرها مقامها فيه ، فان كانتا ممن لا يمكن وطؤها لم تحتسب عليه بالمدة لان المنع من جهتها ، وان كان وطؤها ممكنا فان أفاقت المجنونة او بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ لان الحق لها ثابت وانما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ ، وقال ابو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فان لم يمكن فاء بلسانه والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لان هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها

ولنا ان حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه ايلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فاما أن تفيء واما أن تطلق فان الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف

وإن أراد فعل القطام لم يكن مولياً لانه ممكن قبل اربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً كما لو حلف أن لا يطأها حتى تدخل الدار

﴿ مسألة ﴾ (ومدة الايلاء في الاحرار والرقيق سواء ، وعنه أنها في العبد على النصف)

يصح إيلاء العبد كما يصح من الحر قياساً عليه ولدخوله في عموم الآية ولاتختلف مدته فلا فرق بين الحرة والمسلمة والذمية والامة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى أن مدة الايلاء للعبد شهران وهو اختيار أبي بكر وقول عطاء والزهري ومالك واسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في الايلاء . وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الامة شهران ومن الحرة أربعة وقال أبو حنيفة إيلاء الامة نصف إيلاء الحرة لان ذلك تتعلق به البينونة فاختلف بالرق والحرية كالطلاق ولانها مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن تختلف برق الامة وحريتها كمدة العنة

ولنا عموم الآية ولانها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية ، ولانسلم أن البينونة تتعلق بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وابو عبيدة وأصحاب الرأي اذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً لانه رجع من المغرب الى المشرق فسمي الجماع من المولي فيئة لانه رجع الى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطء دون الفرج او في الدبر لم يكن فيئة لانه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) واذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وابو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لان الله تعالى قال (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن

ولنا قول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين - الآية الى قوله - ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) وقال سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال النبي ﷺ « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولانه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافي الكفارة فان الله تعالى قد غفر لرسوله ﷺ ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « اني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه

ثم يبطل ذلك بعدة السنة ويخالف مدة العدة لان العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الايلاء فان الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد ولا تجوز الزيادة عليه في مطالبة العبد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حق لسيد الامة في طلب الفيئة والعفو عنها وانما ذلك اليها)

وجملة ذلك أن الحرة والامة سواء في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لان الحق لها لان الاستمتاع يحصل لها فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب، ولانه لا حق له، فان قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا باذنه ،قلنا لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن مولياً ولو أن المولي وطيء بحيث يوجب التقاء الختانين وجبت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل وانما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها ولنا في وجوب استئذانه منع

(فصل) وان كان الايلاء بتعليق عتق او طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر او عتق او صوم أو صلاة اوصدقة او حج او غير ذلك من الطاعات او المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب فهذا حكمه ، وان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لان الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بايلاج الحشفة فيصير مستمتعا بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لان النزع ترك الوطء وترك الوطء ليس بوطء ، وقد ذكر القاضي ان كلام احمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين ، واللائق بمذهب احمد تحريمه لوجوه ثلاثة (أحدها) ان آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا فان النزع يلتذ به كما يلتذ بالايلاج فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع انه يفطر والتحريم ههنا أولى لان الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئا ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ، ولان لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطء الا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير حرم، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة او امرأته بأجنبية حرم الكل.

(الوجه الثاني) انه بالوطء يحصل الطلاق بعد الاصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه (الثالث) أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطئ فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فاذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطء ، وان لبث او تمم الايلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئا بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لأنه حصل منه وطء محرم في

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا صح الايلاء ضربت له مدة أربعة أشهر)

وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطء فيهن فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته الى الحاكم أمره بالفيئة فان أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بمضي المدة قال أحمد في الايلاء يوقف عن الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عن عمر ما يدل على ذلك وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة وروي ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان ابن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الايلاء وقال سهيل بن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فان فاء وإلا طلق وبه قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء ومسروق والحسن وقبيصة والنخعي

محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو اولج بعد النزع (والثاني) لايجب لانه تابع الايلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقوط المهر، وان نزع ثم اولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب، وان كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لانه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه مالو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لاشبهة فيه.

وذكر القاضي وجها انه لاحد عليهما لإن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لاصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء فان أكثر المسلمين يعلمون ان الطلاق الثلاث محرم للمرأة، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فان كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لانه زان محدود، وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لان وطأه وطء شبهة

(فصل) وان قال ان وطئتك فأنت علي كظهر أمي فقال احمد لايقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق التنبيه لان المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها واذا وطيء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء، ويحتمل أن أحمد انما أراد اذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً اذ لايصح تقديم الكفارة على الظهار لانه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه، وقد روى اسحاق قال قلت لاحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة قال ان جاءت تطالب فليس له أن يعضلها بعد مضي الاربعة الاشهر يقال له اما ان تفيء واما أن تطلق فان وطئها فقد وجب عليه كفارة وان أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه، فينبغي أن تحمل الرواية الاولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم

والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة. وروي ذلك أيضاً عن علي وعثمان وزيد وابن عمر وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية. ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ولان هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) لذكر الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه وقوله سميع عليم يقتضي ان الطلاق مسموع ولايكون المسموع الاكلاما ولانها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ولان هذه مدة لم يتقدمها ايقاع فلم يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لايقع بمضيها ولان مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً لها وتأجيلا فلا تستحق المطالبة الا بعضي الاجل كالدين

(مسئلة) قال (أو يكون له عذر من مرض أو احرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها و نحو هذا وممن قال يفيء بلسانه اذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والثوري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائبا ولا تلزمه الفيئة بلسانه لان الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت

ولنا أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل أن اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في اثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لان الغرض أن يظهر رجوعه

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا تفتقر الى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والاجماع فلا تفتقر الى ضرب كمدة العدة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا

(مسئلة) (فان كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسبت عليه بمدة وان كان ذلك بها لم يحتسب عليه وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله)

يعني إذا انقضت المدة وكان بالرجل عذر يمنع الوطء كحبسه واحرامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لان المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو امكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة وان طرأ شيء من هذه الاعذار بعد الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه وان كان المانع من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وصيامها واعتكافها المفروضين واحرامها وغيبتها فان وجد منها حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لان المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها وان طرأ بها شيء من هذه الاسباب استؤنفت المدة ولم تبن على ما مضى لان قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة

(مسئلة) (الا الحيض فانه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان)

قد ذكرنا ان المانع إذا كان من جهتها لا يحتسب عليه الا الحيض فانه يحتسب عليه ولا يمنع ضرب المدة إذا كان موجودا وقت الايلاء لانه لو منع لم يمكن ضرب المدة لان الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك الى اسقاط حكم الايلاء وان طرأ الحيض لم تقطع المدة لما ذكرنا والنفاس مثل الحيض

عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فئت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ماذكر الخرقي وهو أحسن لان وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار واخبار بازالته للضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فئت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لان ذلك يزيل ماحصل بايلائه

(فصل) والاحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لان الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجبا عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لانه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الاول أنه عاجز عن الوطء بأمر لايمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء واما أن تطلق فان قال امهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فان علم أنه قادر على التكفير في الحال وانما قصد المدافعة والتأخير لم يمهل لان الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة وان لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لانها قريبة ولا يزاد على ذلك وان كان فرضه الصيام

في أحد الوجهين لان أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هوكسائر الاعذار التي من جهتها لانه نادر غير معتاد فاشبه سائر الاعذار فأما ان جنت وهربت من يده انقطعت المدة وان بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها فان قيل فهذه الاسباب منها مالاصنع لها فيه فلا ينبغي ان يقطع المدة كالحيض قلنا إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما ان البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم تتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو لغير عذر وان آلى في الردة لم تضرب له المدة الامن حين رجوع المرتد منهما الى الاسلام فان طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث وحرم الوطء فان عاد الى الاسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك ان اسلم احد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها

(مسألة) (وان طلقها في أثناء المدة انقطعت)

لانها صارت ممنوعة بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي لانها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فان عاد فتزوجها عاد حكم الايلاء من حين تزوجها وكذلك ان كان الطلاق رجعيا فراجعها استؤنفت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فتزوجها فان كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الايلاء لان مدة التربص أربعة أشهر وان كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فاما ان يفيء أو يطلق فان لم يطلق طلق عليه الحاكم وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة ان كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الايلاء وان استوفى عدد الطلاق لم يعد الايلاء

فطالب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لانه كثير ، ويتخرج أن يفيء باسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم ، فان وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه لان هذا الوطء محرم عليهما

وقال القاضي : يلزمها التمكين وان امتنعت سقط حقها لان حقها في الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها

ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فان الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحدا ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه

(فصل) وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لانه قادر عليها بأداء ما عليه فان لم يفعل أمر بالطلاق ، وان كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلما أمر بفيئة المعذور ، وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو حملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

(فصل) فان كان مغلوبا على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح

لان حكم النكاح الاول زال بالكلية ولهذا ترجع اليه في طلاق ثلاث فصار ايلاؤه في النكاح الاول كايلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يحصل من أقواله ثلاثة أقاويل قولان كالمذهبين وقول ثالث لا يعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لانها صارت بحال لو آلى منها لم يصح ايلاؤه فبطل حكم الايلاء منها كالمطلقة ثلاثا

ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم اعتقها وتزوجها عاد الايلاء ولو كان المولي عبداً فاشترته امرأته ثم اعتقته وتزوجته عاد الايلاء ولو بانت الزوجة بردة أو اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديداً عاد الايلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك سواء عادت اليه بعد زوج ثان أو قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فبقي حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته ان دخلت الدار والله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها اجنبية ولا ينعقد الايلاء بالحلف على الاجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته

﴿مسئلة﴾ (وان انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة)

لان الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما تمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي

منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ، وان كان مجبوبا وقلنا يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها

(فصل) وإذا انقضت المدة فادعى انه عاجز عن الوطء فاذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وان لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لان التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره، وهذا ظاهر نص الشافعي، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فيئة أهل الاعذار

وفيه وجه آخر انه لا يقبل قوله لانه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والاصل سلامته منه، وان ادعت انه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الاصابة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الامر ان المولي إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق، وهذا

لا تستحق الوطء في هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لانه انما يستحق عند امتناعه ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر وان لم يكن العذر قاطعا للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه ان يفيء بلسانه)

فيقول متى قدرت جامعتك أو نحو هذا وممن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء الا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائبا ولا تلزمه الفيئة بلسانه لان الضرر ترك الوطء ولا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت

ولنا ان القصد بالفيئة ترك ماقصد بنفس الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتي به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل ان اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها عند الحضور في اثباتها ولا يحتاج ان يقول ندمت لان الغرض ان يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي ان فيئة المعذور ان يقول فئت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن لان وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار. وفيه نوع من الاعتذار وإخبار

قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالاحسان وان كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فان فعل والأمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الايلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الايلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها

ولنا انه أخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وانما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنظاره كالغريم المعسر

(فصل) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وانما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يطلق طلق الحاكم عليه)

وجملة الامر ان المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو

بازالته الضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فئت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته ان يقول لو قدرت لجامعتها لان ذلك يزيل ما حصل بايلائه والاحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار ومتى قدر على الفيئة وهي الجماع طولب به لانه تأخر للعذر فاذا زال العذر طولب به كالدين الحال فان لم يفعل أمر بالطلاق وهذا قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالاحسان فان كان قد فاء بلسانه في حال العذر ثم قدر على الوطء امر به فان فعل والا أمر بالطلاق

وهذا قول الشافعي وقال أبو بكر اذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الايلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزم فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الايلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب الا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها

ولنا أنه أخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه ان يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزال الضرر عنها وانما وعدها بالوفاء فلزمها الصبر عليه وانظاره كالغريم المعسر .

أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة لانه يحصل الوفاء بحقها بها فانه يفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وان امتنـع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لان ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيـه كقضاء الدين وفارق الاختيار فانه ماتعين مستحقه وهذا أصح في المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لانه حق لها وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

(فصل) والطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الاثرم قلت لابي عبدالله في المولي فان طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى ان فرقة الحاكم تكون بائنا ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً

(فصل) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته

﴿مسألة﴾ (وإن كان مظاهراً فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام) ذكر شيخنا أن الظهار كالمرض في قياس قول الخرقي . وكذلك الاعتكاف المنذور ، وقد ذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنع الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لان الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجبا فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لانه محرم عليه ولـكن يؤمر بالطلاق

ووجه القول الاول أنه عاجز من الوطء بامر لا يمكنه الخروج منه فاشبه المريض . فأما المظاهر فيقال له إما أن تـكفر وتفيء واما أن تطلق فان قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فان علم أنه قادر على التكفير في الحال وانما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لان الحق حال عليه وانما يمهل للحاجة وان لم يعلم أمهل ثلاثة أيام فانها قريبة ولا يزاد على ذلك وان كان فرضه الصيام فطلب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لانه كثير ويتخرج أن يفيء باسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم فان وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه لانه وطء محرم عليها ، وقال القاضي : يلزمها التمكين ، وان امتنعت سـقط حقها في الوطء وقد بذله لها ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا انه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليله ولا نسلم أن التحريم عليه دونها فان الوطء متى حرم على احدهما حرم على الآخر لـكونه فعلا واحداً

وقال القاضي المنصوص عن احمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال ابو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو او طلق عليه الحاكم لانها فرقة لرفع الضرر فكان بائنا كفرقة العنة ، ولانها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لانه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال ابو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا ووجه الاول انه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الايلاء ويفارق فرقة العنة لانها فسخ لعيب وهذه طلقة ، ولانه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فانه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها واقلاعه عن الاضرار بها فافترقا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان طلق عليه ثلاثا فهي ثلاث)

وجملة الامر أن المولي اذا امتنع من الفيئة والطلاق معا وقام الحاكم مقامه فانه يملك من الطلاق

ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس واحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه

(فصل) وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكنه أداؤه طولب بالفيئة لانه قادر عليها باداء ما عليه فان لم يفعل أمر بالطلاق وان كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلما أمر بفيئة المعذور وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو حملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

(فصل) فان كان مغلوبا على عقله بجنون اواغماء لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتأخر المطالبة الى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ

﴿مسئلة﴾ وان قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدى فاني جائع أو حتى ينهضم الطعام أو أنام فاني ناعس أمهل بقدر ذلك)

لانه عذر ولا يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال وكذلك ان قال أمهلوني حتى أفطر من صومي أمهل لذلك وان قال أمهلوني حتى أرجع الى بيتي أمهل لان العادة فعل ذلك في بيته

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لان قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرها مقامها فيه فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لان المنع من جهتها وإن كان وطؤهما ممكناً فأفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تممت المدة ثم لها المطالبة وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ لان الحق لها

مايملكه المولي واليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وان شاء ثلاثا وإن شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لان إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق مايملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فان حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده . قال ابو عبد الله اذا قال فرقت بينكما فانما هو فسخ ، واذا قال طلقت واحدة فهي واحدة واذا قال ثلاثا فهي ثلاث

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة اشهر كان الحكم كما حكمنا في الاول)

وجملة الامر أنه اذا طلق المولي أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها ، وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة فانه قال وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة

ثابت وانما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لاتضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن فان لم يمكن الوطء فاء بلسانه والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لان هذا إيلاء صحيح فوجب أن تعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها

ولنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ومتى قصد الاضرار بهما بترك الوطء اثم ويستحب ان يقال له اتق الله فاما أن تفيء واما أن تطلق فان الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف)

﴿ مسئلة ﴾ فان لم يبق له عذر طلبت الفيئة وهي الجماع

وليس في هذا اختلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن الفيء الجماع كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود ، وبه قال عطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي اذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع الى فعل ماتركه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا جامع انحلت يمينه وعليه كفارتها)في قول أكثر أهل العلم منهم زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والثوري والنخعي وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن

في العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائنا ليس فيه رجعة ، وقال ابو بكر في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعانا كانت أو غيره

(احداهما) تحرم على التأبيد واختارها (والثانية) له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام احمد مايقتضي تحريمها عليه ، وقوله ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لانه قد صرح في سائر الروايات به ، ولانه لم يوجد سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضي سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لاجل العنة لم تحرم عليه

وأما فرقة اللعان فانها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضي للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز اقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسئلتنا ، وأما على قول الخرقي فان الطلاق اذا كان دون الثلاث فهو رجعي سواء أ كان من المولي أو الحاكم وهذا مذهب الشافعي لان الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولي كالوكيل ، فان لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان وهذا مذهب الشافعي ، وروي عن علي اذا سبق حد

المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لان الله تعالى قال (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن

ولنا قول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين ـ الى قوله ـ ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم) وقال سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال النبي ﷺ « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولانه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها ، والمغفرة لا تنافي الكفارة فان الله تعالى قد غفر لرسوله ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « اني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا اتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه

﴿مسئلة﴾ (وادنى مايكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج) لان احكام الوطء تتعلق به فان وطىء في الدبر اودون الفرج لم تحصل الفيئة به لانه ليس بمحلوف عليه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) فان وطئها ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل إيلاؤه وان قلنا لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من زوجته ثم وجدها في فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانت زوجته وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ما حلف عليه ، ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الايلاء ؟ يحتمل وجهين (احدهما) يخرج لان المرأة وصلت الى حقها فأشبه مالو وطىء (والثاني)

الايلاء حد الطلاق فهما تطليقتان، وإن سبق حد الطلاق حد الايلاء فهي واحدة ويقتضيه مذهب الزهري وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الايلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولي الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان في العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لانه ليس بطلاق فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته، وإن طلق المولي أو الحاكم ثلاثا لم تحل له إلا بعد زوج ثان واصابة ونكاح جديد . اذا ثبت هذا فانه اذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فان مدة الايلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لانها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فان راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فان كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الايلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفيء أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم في وقفه الاول فان طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فان طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه وهذا مذهب الشافعي ويقتضي مذهب أبي عبد الله بن حامد أنه اذا طلق استؤنفت

لا يخرج من حكم الايلاء لانه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم تفعل به ذلك والحكم فيها اذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به

(مسألة) (وان وطئها في الفرج وطأ محرما مثل أن يطأ في الحيض أو النفاس أو الاحرام أو صيام فرض من أحدهما أو مظاهرا فقد فاء اليها)

لان يمينه انحلت فزال حكمها وزال عنها الضرر وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الايلاء لانه وطء لا يؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الفيئة كالوطء في الدبر، والذي ذكره لا يصح لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة، وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها فلأن يزول بحنثه فيها أولى، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها، وفارق الوطء في الدبر فانه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان الايلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر عتق أو صوم أو صلاة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين التكفير لانه نذر لجاج أو غضب وهذا حكمه، فان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لان الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بايلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قال تجوز الفيئة لان النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء وقد ذكر القاضي أن كلام احمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين، قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجود ثلاثة:

(أحدها) ان آخر الوطء يحصل في أجنبية كما ذكرناه فان النزع يتلذذ به كما يلتذ بالايلاج فيكون في

المدة بالاخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانيا فان فاء والا أمر بالطلاق ونحو هذا مذهب مالك وأبي عبيد ، وان انقضت العدة قبل مدة الايلاء بانت وانقطع الايلاء فان راجع في العدة قبـل مدة الايلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقتادة والاوزاعي ان الطلاق يهدم الايلاء وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرقي مثله ويحتمل انه يزيل حكمه بالكلية لانه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الايلاء كالو وطئها، والجواب عن هذا ان حكم اليمين باق في المنع من الوطء فيبقى الايلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفيئة فانها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو وقفناه بعد الاربعة أشهر فقال قد أصبتها فان كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه)

وهذا قول الشافعي لان الاصل بقاء النكاح ، والمرأة تدعي مايلزمه به رفعه وهو يدعي مايوافق الاصل ويبقيه فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهته

حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر، والتحريم ههنا اولى لان الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطأ والحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ولان لمسها على وجه التلذذ محرم فمس الفرج بالفرج اولى بالتحريم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كالو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لايمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته باجنبية حرم الكل

(والوجه الثاني) أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الاصابة وهو طلاق بدعة فكما يحرم إيقاعه باسانه يحرم بتحقيق سببه

(الثالث) أنه يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطيء فعليه النزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لانها أجنبية فان فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطء وان لبث أو تمم الايلاج فلاحد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطأ في زوجته، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لانه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فاوجب المهر كما لو أولج بعد النزع (والثاني) لا يجب لانه تابع الايلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في سقوط المهر، وان نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب، وان كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لانه ايلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه مالو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولامهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لاشبهة فيه ، وذكر القاضي وجهاً أنه لاحد عليهما لان هذا يخفى على كثير من الناس وهو وجه لاصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنه الخفاء لان أكثر

فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ماتدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الاثرم على أنه لايلزمه يمين لانه لايقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر ، فاما ان كانت بكراً واختلفا في الاصابة أريت النساء الثقات فان شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وان شهدن ببكارتها فالقول قولها لانه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقي أنه لايمين ههنا لقوله في باب العنين فان شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها

(فصل) ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها فنقبل قوله في الاصابة في الايلاء ولا نقبله في اثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت)

وجملة الامر أن المولي إذا أبان زوجته انقطعت مدة الايلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ

المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا نظرت فان كان هو العالم فلها المهر وعليه الحد ولا يلحقه النسب لانه زان محدود وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها ويلحقه النسب لان وطأه وطء شبهة

(فصل) فان قال ان وطئتك فانت علي كظهر أمي فقال أحمد لايقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق التنبيه لان المطلقة ثلاثاً أعظم تحريماً من المظاهر منها فاذا وطيء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء ويحتمل ان أحمد أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها اخرى حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهرا اذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لانه سببها ولايجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه وقد روى اسحاق قال قلت لاحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة فقال ان جاءت تطلب فليس له ان يعضلها بعد مضي الاربعة الاشهر فيقال له إما ان تفيء وإما ان تطلق فان وطئها فقد وجب عليه كفارة وان أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه فينبغي ان تحمل الرواية الاولى على الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله أعلم

(فصل) وان انقضت المدة وادعى أنه عاجز عن الوطء فان كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه الفيئة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وان لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لان العنة من العيوب التي لا يقف عليها غيره وهذا ظاهر نص

او طلاق ثلاث او بخلع او بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فان عاد فتزوجها عاد حكم الايلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ فان كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فادون لم يثبت حكم الايلاء لان مدة التربص أربعة أشهر وان كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فاما أن يفيء او يطلق ، وان لم يطلق طلق الحاكم عليه وهذا قول مالك ، وقال ابو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الايلاء ، وان استوفى عدد الطلاق لم يعد الايلاء لان حكم النكاح الاول زال بالكلية ولهذا يرجع اليه على طلاق ثلاث فصار إيلاؤه في النكاح الاول كايلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث لايعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الايلاء منها كالمطلقة ثلاثا

ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق ، وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لايقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

الشافعي ولها ان تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد ان يفيء فيئة المعذور، وفيه وجه آخر أنه لايقبل قوله لانه متهم في دعوى مايسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والاصل سلامته منه ، وان اعترفت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الاصابة

(مسئلة) (وان لم يفيء واعفته المرأة سقط حقها ويحتمل ان لايسقط ولها المطالبة بعد)

إذا عفت المرأة عن المطالبة بالفيئة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة قال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت باسقاط حقها من الفسخ فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ويحتمل ان لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لانها ثبتت لدفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع ، فاما ان سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وجها واحداً لانها حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخر المطالبة كاستحقاق النفقة

(مسئلة) (وان لم تفء أمر بالطلاق ان طلبت ذلك)

لقول الله سبحانه (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) وقال تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من اداء الواجب فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان

(فصل) ولو آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها عاد الايلاء ، ولو كان المولي عبدا فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الايلاء ، ولو بانت الزوجة بردة او اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الايلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، وسواء عادت اليه بعد زوج ثان او قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ماوجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته ان دخلت الدار فوالله لاجامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية، لا تنحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينعقد الايلاء بالحلف على الاجنبية بخلاف ما اذا دخلت وهي امرأته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو آلى منها واختلفا في مضي الاربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

إنما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فانهما لو اتفقا على

(مسئلة) (فان طلق واحدة فله رجعتها وعنه أنها تكون بائنة)

وجملة ذلك ان الطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الاثرم قلت لابي عبدالله في المولي فان طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها وعن أحمد رواية أخرى ان فرقة الحاكم تكون بائنا ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً وقال القاضي المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة، وقال أبو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لدفع الضرر فكانت بائنا كفرقة العنة ولانها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر ،وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء المدة بائنا، ووجه الاول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الايلاء، ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة ولانه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فهذه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الاضرار بها فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين والاخرى يطلق الحاكم عليه)

اذا امتنع المولي من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر وليس للحاكم إجباره

وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف ، اما اذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الايلاء ولان الاصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للاصل ، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي وذهب أبو بكر الى أنه لا يمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه» ولانه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

(فصل) فان ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لان الايلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وان تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين

على أكثر من طلقة لانه يحصل الوفاء لحقها بها فانها تفضي الى البينونة والتخلص من ضرره ، وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبه قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لان ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هذا يحبسه أو يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الاخرى ان ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقه وهذا أصح في المذهب وهو اختيار الخرقي وليس للحاكم ان يأمره بالطلاق ولا يطلق عليه إلا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

﴿مسئلة﴾ (فان طلق واحدة فهو كطلاق المولي)

يعني إذا طلق الحاكم واحدة فهل هي رجعية أو بائنة؟ على روايتين لانه قام مقامه وناب عنه فكان حكمه حكم المولي وان طلق الحاكم ثلاثاً أو فسخ جاز لان المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق قام الحاكم مقامه فلك من الطلاق ما يملكه المولي واليه الخيرة فيه وإن شاء طلق واحدة وان شاء اثنتين وان شاء ثلاثاً وان شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لان ايفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا ان الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فان حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فانما هو فسخ وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال طلقت ثلاثا فهي ثلاث

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى ان المدة ما انقضت وادعت مضيها فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

وانما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فانهما لو اتفقا

(احداهما) تضرب له مدة أربعة أشهر فان وطئها وإلا دعي بعدها الى الوطء فان امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء، لانه أضربها بترك الوطء في مدة الايلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ماوجب اداؤه اذا حلف على تركه وجب أداؤه اذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الوجب واجبا اذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها، ولان وجوبه في الايلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وازالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فان قيل فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا؟ قلنا بل له أثر فانه يدل على قصد الاضرار فيتعلق الحكم به وان لم يظهر منه قصد الاضرار اكتفي بدلالته واذا لم توجد اليمين احتجنا الى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقتضي لا لعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الاضرار، ولان تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه اذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم

على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه يصدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الايلاء، ولان الاصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للاصل ويكون ذلك مع يمينه في قول الخرقي وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر لا يمين عليه قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه اليمين كما لو ادعى زوجية امرأة فانكرته، والاول أولى لقول النبي ﷺ اليمين على المدعى عليه ولانه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعى انه وطئها فأنكرته وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه)

اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي لان الاصل بقاء النكاح والمرأة تدعي رفعه وهو يدعي مايوافق الاصل فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ماتدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الاثرم على انه لايلزمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر فأما ان كانت بكرا و اختلفا في الاصابة وادعت انها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بثيوبتها فالقول قوله وان شهدن ببكارتها فالقول قولها لانه لو وطئها زالت بكارتها، وظاهر كلام الخرقي انه لا يمين ههنا لانه قال في باب العنين فان شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها وقيل تجب عليها اليمين لاحتمال ان تكون العذرة عادت بعد زوالها وان لم يشهد بها احد فالقول قوله كما لو كانت ثيبا وهل يحلف؟ على وجهين مضى توجيههما

كتاب الظهار

الظهار مشتق من الظهر وانما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الاعضاء ، لان كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الاغلب فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى (وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالام في التحريم ، قال الله تعالى (ماهن أمهاتهم) وقال تعالى وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود باسناده عن خريلة بنت مالك بن ثعلبة . قالت تظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتقي الله فانه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال « يعتق رقبة » فقلت لا يجد قال « فيصوم شهرين متتابعين » فقلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال « فليطعم ستين مسكينا » قالت ماعنده من شيء يتصدق به قال « فاني سأعينه بعرق من تمر » فقلت يارسول الله فاني أعينه بعرق آخر قال « قد أحسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك » قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ما سف من خوص كالزنبيل الكبير ، وروي أيضا باسناده عن سليمان بن يسار

(كتاب الظهار)

الظهار مشتق من الظهر وانما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الاعضاء لان كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الاغلب فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ومعناه ان الزوجة ليست كالام في التحريم قال الله تعالى (ماهن امهاتهم - وقال سبحانه - وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن امهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم)والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود باسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت تظاهر مني اوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ اشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتق الله فانه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال - يعتق رقبة - فقلت لا يجد فقال - يصوم شهرين متتابعين - فقلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال - فليطعم ستين مسكينا - قلت ماعنده من شيء يتصدق قال « فاني سأعينه بعرق من تمر - فقلت يارسول الله فاني سأعينه بعرق آخر قال - قد احسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك - قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ماسف من خوص كالزنبيل الكبير وروي أيضا باسناده عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء

عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء مالا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته الخبر فقال « أنت بذلك ياسلمة؟ » قلت أنا بذلك يارسول الله وأنا صابر لحكم الله فاحكم فيّ ما أراك الله قال « حرر رقبة » قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي قال « صم شهرين متتابعين » قلت وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا » قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين مالنا طعام قال « فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك — قال — فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم

(فصل) وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلما أو كافرا حرا او عبداً قال ابو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه . قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد منه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعا عنه وقد قيل لا يصح ظهار العبد لان الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب

ولنا عموم الآية ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر فأما إيجاب الرقبة فانما هو على من يجدها

مالا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتي شيئا يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم البث ان نزوت عليها فلما أصبحت خرجت الى قومي فاخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي الى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت الى النبي ﷺ فاخبرته الخبر فقال « انت بذاك ياسلمة؟» فقلت أنا بذاك يارسول الله وانا صابر لحكم الله فاحكم في ما أراك الله قال حرر رقبة قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيري وضربت صفحة رقبتي قال « فصم شهرين متتابعين » قلت وهل أصبت الا من الصيام؟ قال « فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا » قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين مالنا طعام قال — فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك — قال — فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل انت وعيالك بقيتها » فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم

(مسئلة) (والظهار ان يشبه امرأته أو عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها او بعضو منها فيقول انت علي كظهر امي أو كيد اختي أو كوجه حماتي أو يقول ظهرك أو يدك علي كظهر

ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها كالمعسر فرضه الصيام ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يصح منه لان الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر الى النية فلا تصح منه كسائر العبادات

ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فاما ماذكروه فيبطل بكفارة الصيد اذا قتله في الحرم وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فانه يصح منه العتق والاطعام ، وانما لا يصح منه الصوم فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد ، والنية انما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كنايات الطلاق ومن يخنق في الاحيان يصح ظهاره في اوقاته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو اغماء او نوم أو غيره لا نعلم في هذا خلافا ، وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، ولا يصح ظهار المكره وبه قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابو يوسف يصح ظهاره والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك

(فصل) ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت او ذمية ممكنا وطؤها

أمي أو كيد اختي أو خالتي من نسب أو رضاع فتى شبه امرأته بظهر من تحرم عليه على التأبيد فيقول انت علي كظهر أمي فهذا ظهار اجماعا)

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على ان تصريح الظهار ان يقول انت علي كظهر امي وفي حديث خويلة امرأة اوس بن الصامت انه قال لها انت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته واخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي وقال في القديم لا يكون الظهار الا بام وجدة لانها أم أيضاً لان اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالام فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الام واما الآية فقد قال فيها (وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً)وهذا موجود في مسئلتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالام لا يمنع الحكم في غيرها إذا كانت مثلها .

(الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الاقارب كالامهات المرضعات والاخوات

أو غير ممكن ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال ابو ثور لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطؤها لانه لا يمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها

ولنا عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

(مسئلة) قال (وإذا قال لزوجته أنت علي كظهر امي او كظهر امرأة أجنبية أو أنت علي حرام او حرم عضوا من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد فقال أنت علي كظهر أمي أو أختي او غيرهما فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب (أحدها) أن يقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت علي كظهر أمي ، وفي حديث خويلة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي

من الرضاعة وحلائل الاباء والابناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ماتقدم ويزيد في الامهات المرضعات في دخولها في عموم الامهات وسائرهن في معناها فيثبت فيهن حكمها

(فصل) وان قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ في معناه وان قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك علي كظهر أمي كان ظهاراً لانه أشار اليها فهو كقوله أنت وان قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لانه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لانه ليس فيه مايدل على ان ذلك في حقه وليس بصحيح فانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه ،واما إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه او عضوا من اعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك او رأسك او جلدك كظهر امي أو بدنها أو رأسها او يدها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي وعن احمد رواية اخرى انه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لانه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لا يسري الى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لان تشبيهه بجملتها تشبيه بمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد

وقال أبو حنيفة ان شبهها بما يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن

وقال في القديم لا يكون الظهار إلا بام اوجدة لأنها أم أيضا لان اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالام فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما اوجبه الله تعالى فيه

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الام فأما الآية فقد قال فيها , وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا) وهذا موجود في مسئلتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالام لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها اذا كانت مثلها

(الضرب الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الاقارب كالامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا ، والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الامهات المرضعات دخولها في عموم الامهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فثبت فيهن حكمها (الفصل الثاني) اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريما مؤقتا كاخت امرأته وعمتها او الاجنبية فعن احمد فيه روايتان

(إحداهما) انه ظهار وهو اختيار الخرقي وقول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لانها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهارا كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه الاول انه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالام ، ولان مجرد قوله أنت علي حرام ظهار إذا نوى به

لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً لانه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح

(فصل) فان قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها لم يكن مظاهراً لانها ليست من أعضاء الام الثابتة ولا يقع الطلاق باضافته اليها فكذلك الظهار وكذلك ان قال بروح أمي فان الروح لا توصف بالتحريم ولا هي محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدم فان قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس شيئا وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك .

(فصل) فان قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادة الظهار مثل أن يعلقه على شرط مثل أن يقول علي الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه أحد نوعي التحريم للزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق ويحتمل أن لا يثبت الظهار به لان الشرع انما ورد به بصريح لفظه ، وهذا ليس بصريح فيه ولانه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى .

الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل له النظر اليها ولمسها من غير شهوة ، وليس في وطء واحدة منها حد بخلاف مسئلتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء . قال فبهذا اقول

(فصل) وان شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أوقال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم ففي ذلك كله روايتان (احداهما) انه ظهار، قال الميموني قلت لاحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

(والرواية الثانية) ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه مالو قال أنت علي كمال زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين (إحداهما) فيه كفارة لانه نوع تحريم فأشبه ما لو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لايكون ظهاراً ولم أره يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل الاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله أنت علي كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى الظهار كان ظهاراً وان نوى اليمين كان يميناً وان لم ينو شيئاً ففيه روايتان (إحداهما) هو ظهار (والاخرى) هو يمين ولم يتحقق عندي معنى ارادته الظهار واليمين والله أعلم

(فصل) فان قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ

(فصل) يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه وأخته وبنته لما روى أبو داود باسناده عن أبي تميم الهجيمي أن رجلا قال لامرأته يا أخته فقال رسول الله ﷺ « أختك هي ؟ » فكره ذلك ونهى عنه ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار لان النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك ولان هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم وفي الحديث عن النبي ﷺ الله عليه وسلم « أن ابراهيم عليه السلام أرسل اليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال انها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت علي كأمي كان مظاهراً فان قال أردت كأمي في الكرامة أو نحوه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

إذا قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعي واسحاق وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد ابن الحسن . وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية

في معناه ، وان قال جلتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك علي كظهر أمي كان ظهارا لانه أشار اليها فهو كقوله أنت ، وان قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لانه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طالق ، وقال بعض الشافعية ليس بظهار لانه ليس فيه ما يدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح فانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه

(فصل) وان قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وإسحاق ، وان نوى به الكرامة والتوقير أو انها مثلها في الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله في نيته ، وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما انه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية ككنايات الطلاق

ووجه الاول انه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً ، والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولان كونها مثل أمه في صفتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على انه انما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على انه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو

ككنايات الطلاق . (والثانية) هو ظهار لانه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً

قال شيخنا والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه ان وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا أخرجه مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولان كونها مثل أمه في صفتها وكرامتها لا يتعلق بشرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذائها ويوجب اجتنابها وهو الظهار وإن عدم ذلك فليس بظهار لانه محتمل لغيره احتمالا كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحوه قول أبي ثور فأما إن قال أردت كأمي في الكرامة ونحو ذلك فانه يدين لان ماقاله محتمل ويقبل في الحكم في أصح الروايتين . اختاره شيخنا لانه لما احتمل الظهار وغيره ترجح عدم الظهار بدعوى الارادة ، (والثانية) لا يقبل لانه لما قال أنت علي كأمي اقتضى أن يكون عليه فيها تحريم فأشبه مالو قال أنت علي كظهر أمي

الظهار وان عدم هذا فليس بظهار لانه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحو هذا قول أبي ثور وهكذا لو قال أنت علي كأمي أو مثل أمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له الى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو مايقوم مقامها ، وان قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لامه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

(الفصل الثالث) أنه إذا قال أنت علي حرام فان نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبوحنيفة والشافعي ، وان نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق وان أطلق ففيه روايتان (احداهما) هو ظهار ذكره الخرقي في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وذكره ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي انهم قالوا : الحرام ظهار ، وروي عن أحمد مايدل على أن التحريم يمين، وروي عن ابن عباس انه قال ان التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (ياأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على أن التحريم اذا لم ينو به الظهار ليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، ووجه ذلك الآية المذكورة وان التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق ، ووجه الاول انه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وقولهم ان التحريم يتنوع قلنا الا ان تلك الانواع منتفية ولا يحصل بقوله منها الا الطلاق وهذا أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت كأمي أو مثل أمي ولم يقل علي ولا عندي فان نوى به الظهار كان ظهاراً لانه يحتمله)

قال شيخنا وحكمه كما إذا قال أنت علي كأمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي إن نواه أو كان مع الدليل الصارف له الى الظهار فهو ظهار وإلا فلا . وذكر أبو الخطاب فيهما روايتين مثل قوله : أنت علي كأمي والاولى أن هذا ليس بظهار إذا أطلق لانه ليس بصريح في الظهار لكونه غير اللفظ المستعمل فيه فلا يكون ظهاراً بغير نية كما لو قال أنت كبيرة مثل أمي ولانه يحتمل التشبيه في التحريم وغيره فلا يجوز أن يتعين التحريم بغير نية فأما إن قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لامه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت علي كظهر أبي ففيه روايتان)

(احداهما) هو ظهار لانه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد أشبه الام وكذلك إن شبهها بظهر غيره من الرجال أو قال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم قال الميموني قلت لاحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى، فأما ان قال ذلك لمحرمة عليه بحيض أونحوه وقصد الظهار فهو ظهار وان قصد انها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه فان أطلق فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها ، ويحتمل انشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين

(فصل) فان قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أوما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد ، قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين ويجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام احمد هذا ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان الظهار ولتحريم المال لان التحريم تناولها وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك اذا اجتمعا

ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحمد هو يمين اشارة إلى التعليل بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة ، وان نوى بقوله ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا

والرواية الثانية ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد وهل فيه كفارة ؟ على روايتين (إحداهما) فيه كفارة لانه نوع تحريم أشبه مالو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لايكون ظهاراً ولم ار يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره وان قال انا عليك كظهر أمي أوحرام ونوى به الظهار فهل هو ظهار ؟ على وجهين ذكره في المحرر

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت علي كظهر أجنبية أوأخت زوجتي أوعمتها أوخالتها فعلى روايتين)

إذا شبه امرأته بظهر من تحرم عليه تحريما مؤقتاً كاخت امرأته أوعمتها أو الاجنبية فعن أحمد فيه روايتان (إحداها) أنه ظهار اختاره الخرقي وهو قول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لانها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحيض والمحرمة من نسائه ، ووجه الرواية الاولى أنه شبهها بمحرمة فأشبه مالو شبهها بالأم ولان مجرد قوله أنت علي حرام إذا نوى به الظهار ظهار ، والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل النظر اليها ولمسها لغير شهوة وليس في وطء واحدة منها حد بخلاف مسئلتنا ، واختار أبو بكر ان الظهار لايكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت علي كظهر البهيمة لم يكن مظاهراً)

لانه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه آخر أنه يكون مظاهراً كما لو شبهها بظهر أبيه

كفارة يمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص وعلى الرواية الاخرى التي تقول إن الحرام باطلاقه ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا أن ينوي الظهار

(فصل) وإن قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف الى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام، وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي (والقول الثاني) اذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار ووجه قولهم أن قوله أنت علي حرام اذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا ينفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي

ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتي قبلها وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

(فصل) وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط كظهر أمي لانه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمي صفة له فان نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت علي حرام فهو ظهار إلا ان ينوي طلاقاً أو يميناً فهل يكون ظهاراً أو مانواه؟ على روايتين)

إذا نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب صريح الطلاق وكنايته، وان أطلق ففيه روايتان (إحداهما) أنه ظهار ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وحكاه ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي أنهم قالوا الحرام ظهار، وروي عن أحمد ما يدل على ان التحريم يمين وروي عن ابن عباس أنه قال التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على ان التحريم إذ لم ينو به الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي للآية المذكورة ولان التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق، ووجه الاولى أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه، قولهم ان التحريم يتنوع قلنا إلا ان تلك الانواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى، فأما ان قال ذلك لحرمة عليه بحيض أو نحوه ونوى الظهار فهو ظهار وان قصد أنها محرمة عليه بذلك فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين

نوى به الظهار وكان الطلاق بائنا فهو كالظهار من الاجنبية لانه أتى به بعد بينونتها بالطلاق وإن كان رجعيا كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه أتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجة وإن نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لانه نوى الظهار بصريح الطلاق ، وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معا سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لان الظهار سبق الطلاق

(فصل) فان قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهاراً ولم يكن طلاقا لان اللفظ الواحد لايكون ظهاراً وطلاقا والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه . وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت ، وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لانه بدأ به ، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه مابدأ به

ولنا أنه أتى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولايكون طلاقا لانه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفظة لان معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ماهو الاولى ، أما الطلاق فان معناه الاطلاق وهو حل قيد النكاح وانما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطلقة مباحة وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد

(فصل) فان قال الحل علي حرام أوما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وان صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد قال أحمد فيمن قال ماأحل الله علي حرام من أهل ومال: عليه كفارة الظهار هو يمين ويجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لان التحريم يتناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا .

ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره منتقض بهذا وفي قول أحمد هو يمين اشارة الى التعليل بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة واحدة ، فان نوى بقوله ماأحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه الا كفارة اليمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص ، وعلى الرواية الاخرى التي تقول إن الحرام باطلاقه ليس بظهار لايكون ههنا مظاهراً إلا ان ينوي الظهار

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لاينصرف الى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام وان قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي ، والقول الثاني إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد الا ان أبايوسف قال لاأقبل قوله في نفي الظهار ، ووجه قولهم ان قوله انت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق ، وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لاتنفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي

ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا. ولهذا لو حكمنا بانه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس اليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وابدانه بارادته، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ماذكرنا ثم ان الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الاولى

(الفصل الرابع) أنه اذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو بدنها او رأسها اويدها فهو مظاهر وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى انه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لانه لوحلف بالله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لان تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد، وقال ابو حنيفة إن شبهها بما يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً لانه شبهها بعضو لا يحرم النظر اليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى

ولنا انه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتي قبلها، وقولهم ان التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وان سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية

(فصل) وان قال انت طالق كظهر أمي طلقت وسقط قوله كظهر أمي لانه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمي صفة له فان نوى بقوله كظهر أمي تأكيدا للطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الاجنبية لانه أتى به بعد بينونتها بالطلاق وان كان رجعياً كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه أتى بلفظ الظهار في زمن هي زوجة، وان نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لانه نوى الظهار بصريح الطلاق وان قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معا سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً لان الظهار سبق الطلاق.

(فصل) وان قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً لان اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقا، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه، وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لانه بدأ به وان قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به

ولنا أنه أتى بلفظ الحرام ينوي به الظهار فكانت ظهارا كما لو افرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقا لانه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجمع والظهار أولى بهذه اللفظة لان معناهما واحد وهو التحريم فيجب ان يغلب ماهو الاولى. أما الطلاق فان معناه الاطلاق وهو حل قيد النكاح وانما التحريم حكم

ولنا انه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها، وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح

(فصل) وان قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لانها ليست من أعضاء الام الثابتة ولا يقع الطلاق باضافته اليها فكذلك الظهار وكذلك لو قال كزوج أمي فان الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدمع ، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار . نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك

(فصل) فان قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على ارادته الظهار مثل أن يعلقه على شرط فيقول علي الحرام ان كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه

له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وابداله بارادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ماذكرنا ثم ان الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الاولى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ويصح من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا)

كل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل مسلما كان أو كافراً حراً أو عبداً قال أبو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه ، قال شيخنا والاقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد يمينه كاليمين بالله تعالى ولان الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعا عنه فأما ظهار العبد فهو صحيح ، وقيل لا يصح ظهاره لان الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب .

ولنا عموم الآية ولانه مكلف يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر وأما إيجاب الرقبة فانما هو على من يجدها ولا ينفي الظهار في حق من لم يجدها كالمعسر فرضه الصيام ، ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح لان الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات

ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فاما ماذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم

أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لان الشرع انما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة الكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى

(فصل) يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود باسناده عن أبي تميمة الهجيمي أن رجلا قال لامرأته يا أخية فقال رسول الله ﷺ «أختك هي ؟» فكره ذلك ونهى عنه ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار، ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار فان النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك، ولان هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم . وفي الحديث عن النبي ﷺ أن ابراهيم عليه السلام أرسل اليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال : انها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

(الفصل الخامس) أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في ذلك اختلاف اذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالاطعام مثل ذلك وأنه

وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فانه يصح منه العتق وإنما لا يصح منه الصيام فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد ، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كنايات الطلاق ومن يخنق في الاحيان يصح ظهاره في إفاقته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو اغماء أو نوم أو غيره وبه قال الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا ولا يصح ظهار المكره ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو يوسف يصح ظهاره ، والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذكره .

(مسألة) (ويصح من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطؤها أو غير ممكن) وبه قال مالك والشافعي وقال أبو ثور لا يصح الظهار ممن لا يمكن وطؤها لان الظهار لتحريم وطئها وهو ممتنع منه بغير اليمين. ولنا عموم الآية ولانها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

(مسألة) فان ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين ويحتمل أن تلزمه كفارة الظهار وممن روي عنه انه لا يصح الظهار منهما ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الامة كفارة تامة لانها مباحة

يحرم وطؤها قبل التكفير، منهم عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي وذهب أبو ثور الى إباحة الجماع قبل التكفير بالاطعام وعن احمد ما يقتضي ذلك لان الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام

ولنا ماروى عكرمة عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله اني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال « ماحملك على ذلك يرحمك الله؟ » قال رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال « فلا تقربها حتى تفعل ماأمرك الله » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام وترك النص عليهما لايمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها

(فصل) فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان (احداهما) يحرم وهو اختيار أبي بكر وهو قول الزهري ومالك والاوزاعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن النخعي وهو أحد قولي الشافعي لان ماحرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام

(والثانية) لايحرم قال أحمد أرجو أن لايكون به بأس وهو قول الثوري واسحاق وأبي حنيفة

له فصح الظهار منها كالزوجة وعن الحسن والاوزاعي ان كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا لانه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله، وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لان الامة على النصف من الحرة في كثير من احكامها وهذا من احكامها فيكون على النصف

ولنا قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهن به ولانه لفظ تعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الامة كالطلاق، ولان الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية ويلزمه كفارة يمين لانه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله، قال نافع حرم رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله ان يكفر يمينه وعن أحمد عليه كفارة ظهار لانه أتى بالمنكر من القول والزور وكما لو قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي قال أبو بكر لايتوجه هذا على مذهبه لانه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهارا ويحتمل ان لايلزمه شيء قاله أبو الخطاب بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر ابي لا يلزمها شيء فان قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (ياأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ - الى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الاخرى أن يلزمه كفارة ظهار لان التحريم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى.

(مسئلة) (وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي لم تكن مظاهرة)

وجملة ذلك ان المرأة اذا قالت لزوجها انت علي كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلاناً فهو علي

وحكي عن مالك وهو القول الثاني للشافعي لانه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض

(فصل) ولا يصح الظهار من أمته ولا أم ولده . روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الامة كفارة تامة لانها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ، وعن الحسن والاوزاعي إن كان يطؤها فهو ظهار والا فلا لانه اذا لم يطأها فهو كتحريم ماله وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لان الامة على النصف من الحرة في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهن به ، ولانه لفظ يتعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الامة كالطلاق ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله ، قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية ، وروي عن أحمد أن على المظاهر من أمته كفارة ظهار ، وقال أبو بكر لا يتوجه هذا على مذهبه لانه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولكن عليه كفارة يمين لانه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله . قال نافع حرم رسول

كظهر أبي فليس ذلك بظهار قال القاضي لا تكون مظاهرة رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي وقال الزهري والاوزاعي هو ظهار روي ذلك عن الحسن والنخعي الا أن النخعي قال اذا قالت ذلك بعد ما تزوجت فليس بشيء ، ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهرا كالرجل

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولانه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق، ولان الحل في المرأة حق الرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه. إذا ثبت ذلك فاختلف عن احمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الاثرم باسناده عن ابراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر ابي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالساً في المسجد أنا وعبد الله بن المغفل المزني فجاء رجل حتى جلس الينا فسألته من انت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة اعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهر أبي ان تزوجته ثم رغبت فيه بعد فاستفتت اصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها ان تعتق رقبة وتتزوجه فتزوجته واعتقتني ، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولانها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولان الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى والرواية الثانية عليها كفارة يمين

قال احمد قد ذهب عطاء مذهبا حسناً جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئاً كالطعام وما اشبهه

رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه ويحتمل أن لا يلزمه شيء بناء على قوله في المرأة اذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لا يلزمها شيء ، وإن قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ — الى قوله تعالى — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الاخرى أن تلزمه كفارة ظهار لان التحريم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الظهار مؤقتا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ شهر رمضان فاذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ولا يكون عائداً بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي وقوله الآخر لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث لان الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقا وهذا لم يطلق فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وان بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقا لان هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فاذا وقته لم يتوقت كالطلاق

وهذا أقيس على مذهب احمد واشبه باصوله لانه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من امته وام ولده ولانه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولانه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من امته وماروي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز ان يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام احمد في رواية الاثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار وانما قال الاحوط أن يكفر وكذا قال ابن المنذر ولا شك أن الاحوط التكفير باغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف وعن أحمد رواية ثالثة لا شيء عليها وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف واذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فان طلقها اومات أحدهما قبل وطئها او أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لانها يمين فلم تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الايمان ويجوز تقديمها لذلك

(مسألة) (وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير)

لانه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولانه ليس بظهار وانما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحريمها كما لو حرم طعامه وقيل ظاهر كلام أبي بكر انها لا تمكنه قبل التكفير الحاقا بالرجل وليس بجيد لان الرجل ظهاره صحيح وظهار المرأة غير صحيح ولان حل الوطء حق للرجل فملك رفعه وهو حق عليها فلا تملك ازالته

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يعتبر عليه تقييده ولانه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح موقتا كالايلاء وفارق الطلاق فانه يزيل الملك وهو يوقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر لان الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لان تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريما مشبها بتحريم ظهر أمه على أننا نمنع الحكم فيها اذا ثبت هذا فانه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعي ، وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة ؛ وقال ابو عبيد اذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لان العود العزم على الوطء

ولنا حديث سلمة بن صخر وانه لم يوجب عليه الكفارة الا بالوطء ولانها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولان المظاهر في وقت عازم على امساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار موقتا لعدم تأثير الوقت

(مسئلة) وان قال لاجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يكفر)

الظهار من الاجنبية صحيح سواء قال ذلك لامرأة بعينها او قال كل النساء علي كظهر امي وسواء اوقعه مطلقا أوعلقه على التزويج فقال كل امرأة تزوجها فهي علي كظهر امي ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق ، ويحتمل ان لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ، وروي ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولان الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها في الاجنبية كالايلاء فان الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم - كما قال - للذين يؤلون من نسائهم) ولانها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولانه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولانه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله انه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي علي كظهر امي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى وأما الآية فان التخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب ان الانسان انما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما ان تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم وأما الايلاء فانما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الاضرار بهن دون غيرهن والكفارة ههنا وجبت لقول المنكر والزور فلا يختص ذلك بنسائه ، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين

(فصل) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي وان شاء زيد فأنت علي كظهر أمي فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً والا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه يمين فجاز تعليقه على شرط كالايلاء ولان أصل الظهار أنه كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولانه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتي الاخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الاخرى صار مظاهراً منهما جميعا ، وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت علي كظهر أمي ثم قال للاجنبية أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الاجنبية ، ومن لا فلا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) فان قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه احمد فقال اذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين ، واذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وما أحل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله ، وقد قال

(أحدهما) ان الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض

(الثاني) ان الطلاق يرفع العقد فلم يجز ان يسبقه وهذا لا يرفعه وانما تعلق الاباحة على شرط فجاز تقديمه واما الظهار من الامة فقد انعقد يمينا وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لانها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسألتنا

(فصل) إذا قال كل أمرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي وقلنا بصحة الظهار من الاجنبية ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لانها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة وعنه ان لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروي ذلك عن إسحاق لان المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود اليها بعد التفكير عن الاولتين فكانت لها عليه كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء فان قال لاجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا يقبل لانه صريح للظهار فلا يقبل صرفه الى غيره (والثاني) يقبل لانها حرام عليه كما ان أمه عليه حرام

﴿مسئلة﴾ (وان قال لاجنبية أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء لانه صادق وان أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر)

النبي ﷺ « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وفي لفظ « من حلف فاستثنى فان شاء فعل وان شاء رجع غير حنث » رواه الامام أحمد وابو داود والنسائي ، وان قال أنت علي حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء اليهما في أحد الوجهين لان الاستثناء اذا تعقب جملا عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود اليه وحده ، وان قال أنت علي حرام إذا شاء الله أو الا ماشاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ماشاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء يرفع حكم الظهار لان الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء ، وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لان الفاء مقدرة ، وان قال إن شاء الله فأنت حرام صح أيضا والفاء زائدة ، وان قال أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يصر مظاهراً لانه علقه على مشيئتين فلا يحصل باحديهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات أو ماتت او طلقها لم تلزمه الكفارة فان عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر لان الحنث بالعود وهو الوطء لان الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث)

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) أن الكفارة لاتجب بمجرد الظهار فلو مات

أما إذا أراد تحريمها في الحال أو أطلق فلا شيء عليه لذلك وان أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لان لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الاجنبية وصار كقوله أنت علي كظهر أمي

﴿مسئلة﴾ (ويصح الظهار معجلا ومعلقاً بشرط ومطلقاً وموقتا نحو ان يقول أنت علي كظهر أمي في شهر رمضان وان دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار وان أصابها فيه وجبت الكفارة عليه)

أما الظهار المطلق فهو ان يقول أنت علي كظهر أمي وقد سبق ذكره ويصح موقتا مثل ان يقول أنت علي كظهر أمي شهرا أوحتى ينسلخ شهر رمضان فاذا مضى الوقت زال الظهار وحلت بلا كفارة ولا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وابي ثور واحد قولي الشافعي وقال في الآخر لايكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث لان الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً وهذا لم يطلق فأشبه مالو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وان بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون مظاهراً مطلقاً لان هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فاذا وقته لم يتوقت

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يغير عليه تقييده ولانه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح

أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهذا قول عطاء والنخعي والاوزاعي والحسن والثوري ومالك وابو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب الكفارة ، وقد وجد ولان الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار ، وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لان ذلك هو العود عنده

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت باحدهما ولان الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الايمان ، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس بحنث فيها لا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولانه لو كان الامساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر الموقت وان بر ، وقد نص الشافعي على أنها لا تجب عليه

إذا ثبت هذا فانه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك ان فارقها سواء كان ذلك

مؤقتا كالايلاء وفارق الطلاق فانه يزيل الملك وهذا يقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر لان الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فيه فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لان تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريماً مشبها بتحريم ظهر أمه على أنا نمنع الحكم فيها إذا ثبت هذا فانه لا يكون عائدا إلا بالوطء في المدة وهذا المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لان العود العزم على الوطء

ولنا حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولانها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولان المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير التأقيت

(فصل) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو ان يقول الرجل ان دخلت الدار فانت علي كظهر أمي أو ان شاء زيد فانت علي كظهر أمي فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه يمين فجاز تعليقه على شرط كالايلاء ولان أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولانه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتي الاخرى فانت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الاخرى صار مظاهراً منهما جميعاً وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فانت علي كظهر أمي ثم قال للاجنبية

متراخيا عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وان لم يكفر كالمولي منها

(الفصل الثاني) انه اذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد ، وقال قتادة اذا بانت سقط الظهار فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار والا عاد وبناء على الاقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر ، ولانه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولان الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالايلاء

(الفصل الثالث) ان العود هو الوطء فمتى وطيء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك الا انها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكي

أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الاجنبية ومن لا فلا وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي ان شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه أحمد فقال إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه ان شاء الله فليس عليه شيء هي يمين وقال ابن عقيل هو مظاهر ذكره في المحرر وإذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله وقد قال النبي ﷺ « من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وفي لفظ « من حلف فاستثنى فان شاء فعل وان شاء رجع غير حنث » رواه أبو داود والنسائي وان قال أنت علي حرام والله لا كلمتك ان شاء الله عاد الاستثناء اليهما في أحد الوجهين لان الاستثناء إذا تعقب جملا عاد الى جميعها إلا ان ينوي الاستثناء في بعضها فيعود اليه وحده وان قال انت علي حرام إذا شاء الله أو إلا ماشاء الله أو الى ان يشاء الله أو ماشاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ولان الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء وان قال ان شاء الله أنت حرام فهو استثناء لان الفاء مقدرة وان قال ان شاء الله فانت حرام صح أيضا والفاء زائدة وان قال أنت حرام ان شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يكن مظاهراً إلا أنه علقه على مشيئتين فلا يحصل باحدهما قال رضي الله عنه

(فصل) في حكم الظهار، يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير إذا كان التكفير بالعتق أو بالصيام وليس في ذلك اختلاف لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) وأكثر اهل العلم على ان التكفير بالاطعام مثل ذلك منهم

نحوذلك عن الحسن والزهري وهو قول أبي حنيفة الا أنه لا يوجب الكفارة على من وطىء وهي عنده في حق من وطىء كمن لم يطأ

وقال القاضي وأصحابه : العود العزم على الوطء الا انهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء اذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء الا أبا الخطاب فانه قال اذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك يقول اذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ الا أن يكون يذهب الى قول طاوس اذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان اذا أراد أن يغشى كفر، واحتج من ذهب الى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدما عليها ولانه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصد، ولان الظهار تحريم فاذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائدا،

عطاء والزهري والشافعي واصحاب الرأي وعن أحمد اباحة الوطء قبل التكفير بالاطعام لان الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام اختاره أبو بكر وهو قول أبي ثور لما ذكرنا

ولنا ماروى عكرمة عن ابن عباس ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل ان أكفر « فقال ماحملك على ذلك يرحمك الله؟ » قال رأيت خلخالها في ضوء القمر فقال « لاتقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق والصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها

(مسألة) (وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ على روايتين)

(إحداهما) يحرم وهو قول أبي بكر وبه قال الزهري ومالك والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي لان ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام (والثانية) لا يحرم قال أحمد ارجو ألا يكون به بأس وهو قول الثوري وإسحاق وابي حنيفة وحكي عن مالك ايضا وهو القول الثاني للشافعي لانه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض

(مسألة) (وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء)

العود هو الوطء عند أحمد رحمه الله وهو اختيار الخرقي فمتى وطىء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيأمر بها من اراده ليستحله بها كما يأمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكي نحو ذلك عن الحسن والزهري ، وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطىء وهي عنده في حق من وطىء كمن لم يطأ

وقال القاضي وأصحابه العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم إذا مات

وقال الشافعي العود امساكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي ابانتها فامساكها عود فيما قال ، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء اعادته

ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه « العائد في هبته » هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم ان العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ) فان قيل فهذا تأويل ثم هو رجوع الى ايجاب الكفارة بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ماذكرنا

وأما الامر بالكفارة عند العزم فانما أمر بها شرطا للحل كالامر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ماقاله والامساك ليس بضد له، وقولهم ان الظهار يقتضي ابانتها لا يصح وانما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال (ثم يعودون لما قالوا) وثم للتراخي

أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فانه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا وقال مالك يقول إذا أجمع لزمته الكفارة ، فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس إذا تكلم لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما يحرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولانه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصده ولان الظهار تحريم فاذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً . وقال الشافعي العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي إبانتها فامساكها عود فيما قال . وقال داود : العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء إعادته .

ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه العائد في هبته هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم إن العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه ، قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقوله تعالى (إذا قمتم إلى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) فان قيل هذا تأويل وهو رجوع إلى وجوب الكفارة

والامساك غير متراخ ، وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير اعادة اللفظ ، ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في الهبة والعدة والعود لما نهى عنه ويدل على ابطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة الا بالحنث فيها وهو فعل ماحلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الايمان ، ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها الا به كالايلاء

(مسئلة) قال (وإذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بالكفارة)

وجملته ان الظهار من الاجنبية يصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقا أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو

بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ماذكرنا ، وأما الامر بالكفارة عند العزم فانما أمر بها شرطاً للحل كالامر بالطهارة لمن أراد النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ماقاله والامساك ليس بضد له ، وقولهم إن الظهار يقتضي إبانتها ممنوع وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال(ثم يعودون) وثم للتراخي والامساك غير متراخ وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في العدة والهبة والعود فيما نهى عنه، ويدل على إبطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة به كسائر الايمان ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالايلاء

(مسئلة) (فان مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه فان عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر)

وجملة ذلك أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهو قول عطاء والنخعي والحسن والاوزاعي والثوري ومالك وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لانه سبب الكفارة وقد وجد ، ولان الكفارة وجبت لقول المنكر والزور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار . وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لان ذلك هو العود عنده.

قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولان الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الاجنبية كالايلاء فان الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم) كما قال (للذين يؤلون من نسائهم) ولانها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولانه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولانه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

ولنا ما روى الامام أحمد باسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي فتزوجها ، قال عليه كفارة الظهار ولانها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى، أما الآية فان التخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب أن الانسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم، وأما الايلاء فانما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الاضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت ههنا لقول المنكر و لزور ولا يختص ذلك بنسائه ،ويفارق الظهار الطلاق من وجهين

[أحدهما] أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا يثبت بأحدهما ولان الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا تجب بغير الحنث كسائر الايمان والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبلها. إذا ثبت هذا فانه لا كفارة عليه إذا مات قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر

ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وان لم يكفر كالمولى منها ومتى طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول الحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد . وقال قتادة إذا بانت سقط الظهار فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه . وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عاد بناء على الاقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني .

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر ولانه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولان الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالايلاء

(مسئلة) (وان وطيء قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة)

(الثاني) أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الاباحة على شرط فجاز تقدمه وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة، نص عليه أحمد وهو قول عروة واسحاق لانها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى، وروي ذلك عن إسحاق لان المرأة الثانية وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود اليها بعد التكفير عن الاولتين فكانت عليه لما كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء، ولو قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين [أحدهما] لا يقبل لأنه صريح الظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره (والثاني) يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتماسا) فان وطيء عصى ربه وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق حتى يكفر هذا قول أكثر أهل العلم.

روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطا وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي والنخعي وعبدالله ابن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور، وتلزمه الكفارة إذا وطئها وهو مجنون نص عليه في المجرد

﴿مسئلة﴾ (وتجزئه كفارة واحدة)

وهو قول الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين، وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لان الوطء يوجب كفارة والظهار يوجب أخرى، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وانما هي شرط للاباحة بعد الوطء كما كانت قبله، وحكي عن بعض العلماء أن الكفارة تسقط لأنه قد فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطيء قبل التكفير فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فاما قولهم فات وقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها

(مسئلة) قال (ولو قال أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شي وان تزوجها لانه صادق وان اراد في كل حال لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار)

أما إذا أراد بقوله لها أنت علي حرام الاخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه لانه صادق لكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وان أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لان لفظة الحرام إذ أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الاجنبية فصار كقوله أنت علي كظهر أمي

(مسئلة) قال (ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر)

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة امة كانت أو حرة فاذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي المذهب

(مسئلة) (وإن ظاهر من امرأته الامة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له فان وطئها فعليه كفارة يمين)

وجملة ذلك أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة لعموم الآية فاذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وابو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي،قال القاضي المذهب ماذكر الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد لقول الله تعالى [والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا] وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر،ولان الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولانها يمين انعقدت موجبة للكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الايمان ، وقال ابو بكر عبدالعزيز وابو الخطاب يسقط الظهار بملكه لها ، وان وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته ويقتضي قول أبي بكر وأبي الخطاب ههنا أن تباح قبل التكفير لانه اسقط الظهار وجعله يمينا كتحريم أمته ، فان أعتقها عن كفارته صح على القولين جميعا فان تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لانه كفر عن ظهاره باعتاقها ولا يمتنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال إن ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك أمة فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها لم تحل له حتى يكفر

(مسئلة) [وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة]

ما ذكر الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ، ولان الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الايمان،وقال أبو بكر عبدالعزيز يسقط الظهار بملكه لها وان وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته لانها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبا لكفارة الظهار كما لو تظاهر منها وهي أمته، ويقتضي قول أبي بكر هذا أن تباح قبل التكفير لانه أسقط الظهار وجعله يمينا كتحريم امته فان أعتقها عن كفارته صح على القولين فان تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لانه كفر عن ظهاره باعتاقها ولا يمتنع اجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال ان ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك امة فأعتقها وان أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم تحل له حتى يكفر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة) وجملته أنه اذا ظاهر من نسائه الاربع بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة اختاره ابو بكر وابن حامد والقاضي وبه قال مالك وإسحاق وأبو عبيد والشافعي في القديم ونقل عن أحمد من حلف أيمانا كثيرة فأراد التأكيد فكفارة واحدة فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان وهو قول الثوري والشافعي في الجديد ، وقال أصحاب الرأي ان كان في مجلس فكفارة واحدة ، وإن كان في مجالس فكفارات وعن أحمد مثل ذلك ، وروي ذلك عن علي وعمرو بن دينار لانه قول يوجب تحريم الزوجة فاذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم كالطلاق

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولايخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها حرمت بالقول الاول ولانه لفظ يتعلق به كفارة فاذا تكرر كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فان مازاد منه على الثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ماذكروه ، وأما الثالثة فانها تثبت تحريما زائدا وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لايثبت به تحريم فنظير الظهار الطلقة الثالثة لا يثبت بما زاد عليها تحريم ولا يثبت له حكم كذلك الظهار ، فاما ان كفر عن الاول ثم ظاهر لزمه الثاني كفارة بلا خلاف لان الظهار الثاني مثل الاول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالاول بخلاف ماقبل التكفير

﴿ مسئلة ﴾ (وان ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة، وان كان بكلمات فلكل واحدة كفارة) إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق

من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول علي وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي واسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الانصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة لانه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به

ولنا عموم قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الاثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا فكان إجماعا، ولان الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فاذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر منها بكلمات فان كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر اثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو اثمها فلا يبقى لها حكم

(فصل) ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فان لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء. قال ابو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا، قال القاضي المذهب عندي ما ذكر الشيخ ابو عبدالله، وقال ابو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه أتباعا لعمر بن الخطاب والحسن

وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الانصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة، وعن أحمد مثل ذلك من المحرر لانه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه لكل واحدة كفارة كما لو أفردها

ولنا قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الاثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعا ولان الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فاذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر بكلمات فان كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر اثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحوا إثمها فلا يبقى لها حكم. فاما ان كرره بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فان لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء. قال ابوعبدالله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا قال القاضي المذهب عندي ماذكره الشيخ أبوعبدالله وقال ابوبكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة وإسحاق لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحدود وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها ايمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كالوكفر ثم ظاهر ولانها ايمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الاخرى فلا يكفرها كفارة واحدة كالاصل ولان الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فانه عقوبة تدرأ بالشبهات

(فصل) فان قال كل امرأة اتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء في عقد واحد فكفارة

وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة واسحاق لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها ايمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر، ولانها ايمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الاخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالاصل، ولان الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فانه عقوبة تدرأ بالشبهات فاما ان ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة لان الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة

(فصل) اذا ظاهر من امرأة ثم قال لاخرى أشركتك معها أو أنت شريكتها او كهي ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منهما بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعي وان أطلق صار مظاهراً أيضاً اذا كان عقيب مظاهرته من الاولى ذكره ابو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه قال الشافعي لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الاولى، ولانه يحتمل أنها شريكتها في دينها أو في الخصومة أو في النكاح او سوء الخلق فلم تخصص بالظهار لا بالنية كسائر الكنايات

واحدة وان تزوجهن في عقود فكذلك في إحدى الروايتين لانها يمين واحدة، والاخرى لكل عقد كفارة فعل هذا لو تزوج امرأتين في عقد وأخرى في عقد لزمته كفارتان لان لكل عقد حكم نفسه فتعلق بالثاني كفارة كالاول

﴿ فصل في كفارة الظهار وما في معناها ﴾

﴿ مسألة ﴾ (كفارة الظهار على الترتيب فيجب عليه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً)

والاصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) الآيتين . وقول النبي ﷺ لخولة حين ظاهر منها زوجها « يعتق رقبة » قالت لا يجد قال « فيصوم شهرين متتابعين » قالت يارسول الله انه شيخ كبير ما به صيام قال « فيطعم ستين مسكيناً » وهذا الترتيب لا خلاف فيه إذا كان المظاهر حرا فأما العبد فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها في ظاهر المذهب لما روى أبو هريرة ان رجلا قال يارسول الله وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله ﷺ « هل تجد رقبة تعتقها؟ » قال لا قال « فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين؟ » قال لا قال « فهل تستطيع اطعام ستين مسكيناً؟ » وذكر الحديث وهو صحيح متفق عليه وفي كفارة الوطء في رمضان رواية أنها على التخيير وقد ذكرنا ذلك في الصوم

﴿ مسألة ﴾ (وكفارة القتل مثلها)

ولنا أن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء فوجب تعليقه بالمذكور معه كجواب السؤال فيما اذا قيل له ألك امرأة فقال قد طلقتها وكالعطف مع المعطوف عليه والصفة مع الموصوف ، وقولهم انه كناية لم ينو بها الظهار قلنا قد وجد دليل النية فيكتفى بها وقولهم انه يحتمل قلنا ما ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وان بقي احتمال ما كان مرجوحا فلا يلتفت اليه كالاحتمال في اللفظ الصريح

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل: الاولى أن كفارة المظاهر القادر على الاعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، والاصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا - إلى قوله - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته « يعتق رقبة » قالت لا يجد قال « فيصوم » وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك فمن وجد رقبة يستغني عنها أو وجد ثمنها فاضلا عن حاجته

لان التحرير والصيام منصوص عليهما في كتاب الله تعالى إلا الاطعام ففي وجوبه روايتان (إحداهما) لا يجب لان الله تعالى لم يذكره في الكفارة (والثانية) يجب قياسا على كفارة الظهار والجماع في نهار شهر رمضان

(مسئلة) (والاعتبار في الكفارة بحال الوجوب في إحدى الروايتين)

وهي ظاهر كلام الخرقي لانه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد أي ثم أعتق فانما يجلد جلد العبد وهذا أحد أقوال الشافعي، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره واعساره حال وجوبها عليه فان كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم تسقط باعساره بعد ذلك وان كان معسراً ففرضه الصوم فاذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة (والرواية الثانية) الاعتبار باغلظ الاحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الاعتاق وهو قول ثان للشافعي لانه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه اغلظ الاحوال كالحج، وله قول ثالث ان الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الاداء كالوضوء

ولنا ان الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا عتق، ويفارق الوضوء فانه لو تيمم ثم وجد الماء لما بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء

ووجدها به لم يجزئه الا الاعتاق لان وجود المبدل اذا منع الانتقال الى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال الى التيمم

(المسئلة الثانية) أنه لايجزئه الا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار وسائر الكفارات هذا ظاهر المذهب وهو قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يجزيء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يجزيء ماتناوله الاطلاق

ولنا ما روى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله؟» فقالت في السماء فقال « من أنا » فقالت أنت رسول الله فقال ﷺ « اعتقها فانها مؤمنة » أخرجه مسلم والنسائي ، فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها

إنما الاعتبار باداء الصلاة فأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكروه فان قيل العبد كان ممن لاتجب عليه الرقبة ولا تجزئه في حال رقه فلما لم تجزئه لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا قلنا هذا مما لا أثر له

(فصل) وإذا قلنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وكان معسراً ثم ايسر فله الانتقال إلى العتق ان شاء وهو قول الشافعي على القول الذي يوافقنا فيه بان الاعتبار بحالة الوجوب لان العتق هو الاصل فوجب ان يجزئه كسائر الاصول وعن أحمد في العبد إذا اعتق لايجزئه غير الصوم وهذا على قولنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وهي حين حنث اختاره الخرقي لانه حنث وهو عبد فلم يكن يجزئه إلا الصوم فكذلك بعد وقد نص أحمد على أنه يكفر كفارة عبد قال القاضي وفي ذلك نظر ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به اجزأه وهذا منصوص الشافعي ومن أصحابه من قال كقول الخرقي ووجه ذلك أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحد وهذا على القول الذي لايجوز للعبد التكفير بالمال بأذن سيده فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الاولى لانه إذا جازله في حال رقه ففي حال حريته قد زال ذلك فلا حاجة إلى إذنه فأما ان قلنا الاعتبار في التكفير باغلظ الاحوال لم يكن له ان يكفر إلا بالمال ان كان له مال فأما ان حلف وهو عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لاتجب قبل الحنث وانما وجبت وهو حر والله أعلم

(مسئلة) (فان شرع في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال اليه)

وبه قال الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ويحتمل ان يلزمه واليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد

مؤمنة فدل على انه لا يجزي عن الرقبة التي عليه الا مؤمنة ، ولانه تكفير بعتق فلم يجز الا مؤمنة ككفارة القتل والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقييده فانا أجمعنا على انه لا يجزي إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى

(المسألة الثالثة) أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً لان المقصود تمليك العبد منافعه وتمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً فلا يجزيء الاعمى لانه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لان اليدين آلة البطش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع في هذا ولا يجزي المجنون جنوناً مطبقاً لانه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم أخذاً باطلاق اللفظ

ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزيء ما يقع عليه الاسم كالاطعام فانه لا يجزيء أن يطعم مسوساً ولا عفناً وإن كان يسمى طعاما والآية مقيدة بما ذكرناه

وأصحاب الرأي لانه قدر على الاصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها

ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فأشبه ما لو استمر العجز إلى ما بعد الفراغ ولانه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالمستمتع يجد الهدى بعد الشروع في الايام السبعة ويفارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فان الصلاة تضاؤها يسير والمشقة في هذا أكبر

(فصل) وإذا قلنا الاعتبار بحال الوجوب فوقته في الظهار من حين العود لا وقت المظاهرة لان الكفارة لا تجب حتى يعود ووقته في اليمين من الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول بعد كمال النصاب

(فصل) إذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو بالاطعام لانه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها وليس له الصيام لانها عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولانه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ولا يجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فان كانت في ملكه أو ورثها أجزأت عنه وان لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لان الكافر لا يصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره بالاطعام إلا ان يقول لمسلم أعتق عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في إحدى الروايتين وان أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لانه في معناه وان ظاهر وهو مسلم ثم ارتد وصام في ردته عن كفارته لم يصح وان كفر بعتق أو اطعام فقد اطلق أحمد القول

(فصل) ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلها ولا مقطوع ابهام اليد أو سبابتها أو الوسطى لان نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء. ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لان نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة من يد جاز لان نفع الكفين باق وقطع أنملة الابهام كقطع جميعها فان نفعها يذهب بذلك لكونها أنملتين، وإن كان من غير الابهام لم يمنع لان منفعتها لا تذهب فانها تصير كالاصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الابهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الاصبع أنملتان فهو كقطعها لانه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع احدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف أجزأت لان منفعة الجنس باقية فأجزأت في الكفارة كالاعور فاما ان قطعتا من وثاق أي من جانب واحد لم يجزىء لان منفعة المشي تذهب

ولنا أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بيناً فوجب أن يمنع أجزاءها كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور فانه لا يضر ضرراً بينا والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فانه لو ذهب

أنه لا يجزئه وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فان أسلم تبينا أنه أجزأه وان مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته

(فصل) قال الشيخ رحمه الله فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها فاضلا عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الاصلية بثمن مثلها لزمه العتق أجمع أهل العلم على ذلك وأنه ليس له الانتقال إلى الصيام إذا كان مسلماً حراً

(مسألة) (فان كانت له رقبة يحتاج الى خدمتها لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال الى الصيام سواء كان محتاجاً اليه أو لم يكن لان الله تعالى شرط في الانتقال الى الصيام ان لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد واذ وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لان وجدان ثمنها كوجدانها

ولنا ان ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال الى البدل كمن وجد ماء يحتاج اليه للعطش يجوز له الانتقال الى التيمم فان كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لانه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فان عليه مشقة في اعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وان كان له خادم يخدم امرأته وهو ممن عليه خدمتها او كان له رقيق يتقوت بخراجهم لم يلزمه العتق لما ذكرنا

شمه أو قطعت أذناه معا أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس ولا يجزيء الاعرج اذا كان عرجا كثيراً فاحشاً لانه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل، وإن كان عرجا كثيراً لايمنع الاخرى لانه قليل الضرر

(فصل) ويجزىء الاعور في قولهم جميعا ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لايجزيء لانه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدي فأشبه العمى والصحيح ماذكرناه فان المقصود تكميل الاحكام وتمليك العبد المنافع والعور لايمنع ذلك ولأنه لايضر بالعمل فأشبه قطع إحدى الاذنين ويفارق العمى فانه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين فانه لايعمل باحداهما مايعمل بهما والاعور يدرك باحدى العينين مايدرك بهما . وأما الاضحية والهدي فانه لايمنع منها مجرد العور وانما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ولان الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والعتق لايمنع فيه إلا مايضر بالعمل ويجزيء المقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك وزفر لايجزيء لانهما عضوان فيهما الدية أشبها اليدين

ولنا أن قطعهما لايضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزيء مقطوع الانف لذلك ويجزىء الاصم اذا فهم بالاشارة ويجزىء الاخرس اذا فهمت اشارته وفهم بالاشارة

(مسئلة) (فان كان له دار يسكنها او عقار يحتاج الى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لايستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق)

وان استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه ان يشتري به رقبة لزمه لانه واجد للرقبة وأن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة احداها ويعتق الاخرى لزمه لانه لاضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء مايكفيه في لباسه ورقبة يعتقها لزمه ذلك وكذلك ان كانت له دار يمكنه بيعها وشراء مايكفيه لسكنى مثله ورقبة او ضيعة يفضل منها عن كفايته مايمكنه به شراء رقبة ويراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فاذا فضل عن ذلك شيء يمكنه شراء رقبة به لزمته الكفارة وان كان له دابة يحتاج الى ركوبها او كتب يحتاج اليها لم يلزمه العتق ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ماذكرنا وان كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لانه يحتاج اليها وان امكنه بيعها وشراء سرية اخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لان الغرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما اذا كان بدون مثلها

(مسئلة وان وجد رقبة بثمن مثلها لزمه شراؤها وان كانت بزيادة تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لان عليه ضررا في ذلك وان كانت الزيادة لاتجحف بماله ففيه وجهان

(احدهما) يلزمه لانه قدر على الرقبة بثمن يقدر عليه لاتجحف به فاشبه مالو بيعت بثمن مثلها (والثاني) لايلزمه لانه لم يجد رقبة بثمن مثلها فاشبه العادم واصل الوجهين العادم للماء اذا وجده بزيادة على ثمن مثله فان وجد رقبة بثمن مثلها إلا انها رقبة رفيعة يمكن ان يشتري بثمنها رقابا من غير جنسها لزمه

وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يجزئ، لان منفعة الجنس ذاهبة فأشبه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لان الخرس نقص كثير يمنع كثيراً من الاحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم اشارته فيتضرر في ترك استعماله ، وان اجتمع الخرس والصمم فقال القاضي لا يجزئ، وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقصين فيه وذهاب منفعتي الجنس ووجه الاجزاء أن الاشارة تقوم مقام الكلام في الافهام ويثبت في حقه أكثر الاحكام فيجزئ في العتق كالذي ذهب شمه فاما الذي ذهب شمه فيجزئ لانه لا يضر بالعمل ولا بغيره

فأما المريض فان كان مرجو البرء كالحمى وما أشبهها أجزأ في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزئ، لان زواله يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه ، وأما نضو الخلق فان كان يتمكن معه من العمل أجزأ وإلا فلا ويجزئ الاحمق وهو الذي يخطئ على بصيرة ويصنع الاشياء لغير فائدة ويرى الخطأ صوابا ومن يخنق في الاحيان والخصي والمجبوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لان

شراؤها لانها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك ضررا وانما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكا لها

(مسئلة) (وان وهب له رقبة لم يلزمه قبولها)

لان عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه

(مسئلة) (وان كان ماله غائبا وامكنه شراؤها بنسيئة فقد ذكر شيخنا فيما اذا عدم الماء فبذل له بثمن في الذمة يقدر على ادائه في بلده وجهين

احدهما يلزمه شراؤه قاله القاضي لانه قادر على اخذه بما لا مضرة فيه وقال أبو الحسن التميمي لا يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وربما تلف ماله قبل ادائه فيخرج ههنا على وجهين والاولى ان شاء الله انه لا يلزمه لذلك وان كان ماله غائبا ولم يمكنه شراؤها نسيئة فان كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال الى الصيام لان ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وان كان بعيداً لم يجز الانتقال الى الصيام في غير كفارة الظهار لانه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز في كفارة الظهار؟ على وجهين

(احدهما) لا يجوز لوجود الاصل في ماله لوجود الكفارات (والثاني) يجوز لانه يحرم عليه المسيس، فجاز له الانتقال للحاجة فان قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال الى التيمم وان كان قادراً عليهما في بلده قلنا الطهارة تجب لاجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة الى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولاننا لو منعناه من التيمم لوجود العذر للقدرة على الماء في بلده بطلت رخصة التيمم فان كل احد يقدر على ذلك

(مسئلة) (ولا يجزئ في كفارة القتل الا رقبة مؤمنة)

لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة) وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر

مالا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الاجزاء به كالسالم من العيوب

(فصل) ويجزىء عتق الجاني والمرهون وعتق المفلس عبده اذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر والخصي وولد الزنا لكمال العتق فيهم

(فصل) ولا يجزىء عتق المغصوب لانه لا يقدر على تمكينه من منافعه ولا غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره لانه لا يعلم حياته فلا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لانه عتق صحيح ولا يجزىء عتق الحمل لانه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم تجب فطرته ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته ولا عتق أم الولد لان عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والملك فيها غير كامل ولهذا لا يجوز بيعها، وقال طاوس والبتي يجزىء عتقها لانه عتق صحيح ولا يجزىء عتق مكاتب أدى من كتابته شيئاً وسنذكر هذا في الكفارات ان شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر اذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر

المذهب وهو قول الحسن وبه قال مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وعن أحمد رواية ثانية انه يجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والثوري والنخعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار فوجب ان يجزىء ما تناوله الاطلاق

ولنا ماروى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فاتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة افاعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ «اين الله؟» قالت في السماء، قال «من انا؟» قالت انت رسول الله فقال رسول الله ﷺ «اعتقها فانها مؤمنة» اخرجه مسلم فعلل جواز اعتاقها عن الرقبة التي عليه بانها مؤمنة فدل على انه لا يجزىء عن الرقبة التي عليه الا مؤمنة ولانه عتق في كفارة فلا يجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما ان الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل احكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلمين فناسب ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيلا لهذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الايمان فيها فيعلل بها ويتعدى ذلك الى كل عتق في كفارة فتختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة فأما المطلق الذي احتجوا به فانه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) على المقيد في قوله (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وان لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس

(مسألة) (ولا يجزىء الا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً)

لان المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً

وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وان كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن أو كبر أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن، لان الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام ان لا يجد رقبة بقوله فمن لم يجد) وهذا واجد وان وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لان وجدان ثمنها كوجدانها .

ولنا أن ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج اليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم وان كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لانه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فان عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعا لكثير من حوائجه وان كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه اخدامها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم

بينا فلا يجزىء الاعمى لانه لا يمكنه العمل فى أكثر الصنائع ولا المقعد وكذلك مقطوع اليدين والرجلين أو اشلهما لان اليدين آلة البطش والرجلين آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما ولا يجزيء المجنون جنونا مطبقا لانه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن داود انه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم اخذا باطلاق اللفظ

ولنا ان هذا نوع كفارة فلم يجزىء مطلق ما يقع عليه الاسم كالاطعام فانه لا يجزىء ان يطعم مسوسا ولا عفنا وان كان يسمى طعاما والآية مقيدة بما ذكرناه

(مسئلة) (لا يجزىء مقطوع اليد او الرجل ولا اشلهما ولا مقطوع ابهام اليد أو سبابتها أو الوسطى)

لان نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لان نفع اليد يزول اكثره بذلك وان قطعت كل واحدة منهما من يد جاز لان نفع الكفين باق وقطع انملة الابهام كقطعها لان نفعها يذهب بذلك لكونها انملتين وان كان من غير الابهام لم يمنع لان منفعتها لا تذهب فانها تصير كالاصابع القصار حتى لو كانت اصابعه كلها غير الابهام قد قطعت من كل واحدة منها انملة لم يمنع وان قطع من الاصبع انملتان فهو كقطعها لانه يذهب بمنفعتها وهذا كله مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يجزيء مقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف اجزأ لان منفعة الجنس باقية فاجزأ في الكفارة كالاعور وأما ان قطعتا من وفاق اي من جانب واحد لم يجزىء لان منفعة الشيء تذهب

ولنا ان هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بينا فيمنع كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور فانه لا يضر ضرراً بينا

أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وان استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه ان يشتري به رقبة لزمه لانه واجد للرقبة وان كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الاخرى لزمه لانه لا ضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك وان كانت له دار يمكنه بيعها وشراء مايكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته مايمكنه شراء رقبة لزمه ويراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فاذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا وان كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لانه يحتاج اليها وان أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لان الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما اذا كان بدون ثمنها

(فصل) فان كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فان كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال إلى الصيام لان ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وان كان بعيداً لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لانه لاضرر في الانتظار وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار ؟ فيه وجهان

ولنا فيه منع وان سلم فالاعتبار بالضرر اولى بالاعتبار بمنفعة الجنس فانه لو ذهب شمه او قطعت أذناه معا اجزأ مع ذهاب منفعة الجنس

(مسئلة) (ولا يجزىء المريض المأيوس من برئه كمرض السل)

لان برأه يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه وإن كان المرض يرجى زواله كالحمى ونحوها لم يمنع الاجزاء في الكفارة ولا يجزىء النحيف العاجز عن العمل لانه كالمريض المأيوس من برئه وان كان يتمكن من العمل أجزأ

(مسئلة) (ولا يجزىء غائب)

لا يعلم خبره لانه مشكوك في حياته والاصل بقاء شغل الذمة فلا تبرأ بالشك وهو مشكوك في وجوده فيشك في اعتاقه فان قيل الاصل حياته قلنا إن الموت قد علم أنه لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فان تبين بعد هذا كونه حيا صح اعتاقه وتبينا براءة ذمته من الكفارة وإلا فلا وان لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لانه عتق صحيح :

(مسئلة) (ولا يجزىء مجنون مطبق لانه لا يقدر على العمل)

(مسئلة) (ولا يجزىء الاخرس)

وهو قول القاضي وبعض الشافعية قال شيخنا والاولى أنه متى فهمت اشارته وفهم اشارة غيره انه يجزىء لان الاشارة تقوم مقام الكلام في الافهام وأحكامه كلها تثبت بإشارته فكذلك عتقه وكذلك الاخرس الذي تفهم إشارته ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وعن أحمد أنه لا يجزىء وبه قال

[أحدهما] لا يجوز لوجود الاصل في ماله فأشبه سائر الكفارات (والثاني) يجوز لانه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فان قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال الى التيمم وان كان قادراً عليهما في بلده لأن الطهارة تجب لاجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة الى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولاننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم فان كل أحد يقدر على ذلك

(فصل) وان وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال الى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه، وان وجد رقبة تباع بزيادة على ثمن المثل تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لان فيه ضرراً وان كانت لا تجحف بماله احتمل وجهين

[أحدهما] يلزمه لانه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به فأشبه ما لو بيعت بثمن مثلها (والثاني) لا يلزمه لانه لم يجد رقبة بثمن مثلها أشبه العادم، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله فان وجد رقبة بثمن مثلها الا أنها رقبة رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقابا من

أصحاب الرأي لان منفعة الجنس ذاهبة فأشبه زائل العقل ولان الخرس نقص كبير يمنع كثيراً من الاحكام مثل القضا والشهادة وكثير من الناس لايفهم اشارته فيتضرر بترك استعماله ، والاول أولى ان شاء الله لما ذكرناه، وذهاب منفعة الجنس لايمنع الاجزاء كذهاب الشم وذهاب الشم لا يمنع الاجزاء لانه لا يضر بالعمل ولا بغيره ويجزىء مقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وزفر لايجزىء

ولنا أن قطعهما لا يضر بالعمل ضرراً بينا فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزىء مقطوع الانف لذلك.

﴿مسئلة﴾ (ولايجزيء عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها)

فأما ان علق عتقه للكفارة وأعتقه عند وجود الصفة أجزأه لانه أعتق عبده الذي يملكه عن كفارته ولايجزيء عتق المدبر لان عتقه مستحق في غير الكفارة فلم يجزئه كالذي استحق عليه الاطعام في النفقة فدفعه في الكفارة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من يعتق عليه بالقرابة)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى من يعتق عليه إذا ملكه ينوي بشرائه عتقه عن الكفارة عتق ولم يجزئه وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسانا لانه يجزيء عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشتري كغيره

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا

غير جنسها لزمه شراؤها لانها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك الثمن ضرراً وانما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكا لها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان أفطر فيها من عذر بني وان أفطر من غير عذر ابتدأ)

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وانما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفي فعله لانه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لافعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي،والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين والثالث تكفي نية التتابع في الليلة الاولى

ولنا أنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالمتابعة بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فان ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخص وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع

اعتاق فلم يكن ممتثلا للامر ولان عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته أو كأم الولد ويخالف المشتري البائع من وجهين (أحدهما) أن البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه وإنما يعتق باعتاق الشرع عن غير اختيار منه (الثاني) أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلاف ذلك

(فصل) إذا اشترى عبداً ينوي اعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لايمنع من الاجزاء في الكفارة وأخذ ارشه ثم اعتق العبد عن كفارته أجزأه وكان الارش له لان العتق انما وقع على العبد المعيب دون الارش فان اعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فاخذ أرشه فهو له كما لو اخذه قبل اعتاقه وعنه أنه يصرف الارش في الرقاب لانه أعتقه معتقداً أنه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى فكان الارش مصروفا في حق الله تعالى كما لو باعه كان الارش المشتري فان علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى اعتقه كان الارش للمعتق لانه اعتقه معيبا عالما بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه لمن يعلم عيبه .

(مسئلة) (ولايجزىء من اشتراه بشرط العتق)

في ظاهر المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقد روي عن معقل بن يسار مايدل عليه وذلك لانه اذا اشتراه بشرط العتق فالظاهر ان البائع نقصه من الثمن لاجل هذا الشرط فكانه أخذ عن العتق عوضا فلم يجزئه عن الكفارة . قال أحمد ان كانت رقبة واجبة لم تجزئه لانها ليست رقبة سليمة ولان عتقها مستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم يجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه

أهل العلم على أن الصائمة متتابعا إذا حاضت قبل اتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لان الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الاياس وفيه تغرير بالصوم لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين لأنه بمنزلته في أحكامه ولان الفطر لا يحصل فيهما بفعلها وانما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والوجه الثاني) أن النفاس يقطع التتابع لان الفطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض ، لانه أندر منه ويمكن التحرز عنه وان أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً ، روي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهذا قول سعيد بن جبير والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي ، لانه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا انه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كافطار المرأة للحيض ، وماذكروه من الاصل ممنوع وان كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) لا ينقطع

العتق عن الكفارة أو قال ان دخلت الدار فانت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته

(فصل) ولو قال رجل له أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لان الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة ، وذكر القاضي ان العتق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه وهذا فيه نظر فان المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي باعتاقه عنه وباذل العوض لم يطالب ذلك ، والصحيح أن اعتاقه عن المعتق والولاء له فان رد العشرة على باذلها ليكون العتق عن الكفارة لم يجز عنها لان العتق إذا وقع على صفة لم ينتقل عنها وان قصد العتق عن الكفارة وحدها وعزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق وأعتقه عن كفارته أجزأه

﴿مسئلة﴾ (ولا أم ولده في الصحيح عنه)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الاوزاعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وعن احمد رواية أخرى أنها تجزيء يروى ذلك عن الحسن وطاوس والنخعي و، ان البتي لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) ومعتقها قد حررها

ولنا أن عتقها مستحق بسبب آخر فلم تجز عنه كما لو اشترى قريبه أو عبداً بشرط العتق فاعتقه وكما لو قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار ونوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرنا فنقيس عليه ما اختلفنا فيه وولد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لان حكمه حكمها في العتق بموت سيدها

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزيء مكاتب قد أدى من كتابته شيئا في اختيار شيوخنا وعنه يجزيء وعنه لا يجزيء مكاتب بحال)

التتابع لانه مرض أباح الفطر أشبه المخوف (والثاني) يقطع التتابع لانه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر، فأما الحامل والمرضع فان أفطرتا خوفا على أنفسهما فهما كالمريض، وان أفطرتا خوفا على ولديهما ففيهما وجهان (أحدهما) لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما (والثاني) ينقطع لان الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء، وان أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لانه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض

(فصل) وان أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الامرين وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فانه قال في رواية الاثرم: كان السفر غير المرض وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان، وظاهر هذا انه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجها واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر

ووجه الاول انه فطر لعذر مبيح للفطر فلم ينقطع به التتابع كافطار المرأة بالحيض، وفارق الفطر لغير عذر فانه لا يباح، وان أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع او أفطر يظن أن الشمس قد

روي عن أحمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات:

(إحداهن) يجزيء مطلقا اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لان المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر ولانه رقبة فيدخل في عموم مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)

(والثانية) لا يجزيء مطلقا وهو قول مالك والشافعي وأبو عبيد لان عتقه مستحق بسبب آخر ولهذا لا يملك ابطال كتابته فأشبه أم الولد

(والثالثة) ان كان أدى شيئا من كتابته لم يجزئه ولا أجزأه وبه قال الليث والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي قال القاضي هو الصحيح لانه اذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجز كما لو اعتق بعض رقبة واذا لم يؤد فقد اعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدبر ولو أعتق عبداً عن مال يأخذه من العبد لم يجز عن كفارته في قولهم جميعا

(فصل) ولا يجزيء اعتاق الجنين في قول أكثر أهل العلم، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور يجزيء لانه آدمي مملوك يصح اعتاقه فصح عن الرقبة كالمولود

ولنا أنه لم يثبت له أحكام الدنيا بعد فانه لا يملك الا بالارث والوصية، ولا يشترط لهما كونه آدميا لكونه يثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال

(فصل) فان أعتق غيره عنه عبدا بغير اذنه لم يقع عن المعتق عنه اذا كان حيا وولاؤه للمعتق ولا

غابت ولم تغب أفطر، ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان (أحدهما) لا ينقطع لانه فطر لعذر (والثاني) يقطع التتابع لانه بفعل أخطأ فيه فأشبه مالو ظن انه قد أتم الشهرين فبان خلافه ، وان أفطر ناسيا لوجوب التتابع أو جاهلا به أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد ، وان أكره على الاكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر وان أكل خوفا فقال القاضي لا يفطر ولم يذكر غير ذلك وفيه وجه آخر انه يفطر، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر فأشبه المرض (والثاني) ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعي لانه أفطر بفعله لعذر نادر

(فصل) وان أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لا يصلح لغيره ، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره الى فراغه من الكفارة وان كان متعينا في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان أمكن ، وان كان أياما من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة

يجزىء عن كفارته وان نوى ذلك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك أنه يجزىء اذا أعتق عن واجب على غيره بغير اذنه لانه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه دينا

ولنا انه عبادة من شرطها النية فلم يصح أداؤها عمن وجب عليه بغير أمره مع كونه من أهل الامر كالحج ولانه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام، وهكذا الخلاف فيمن كفر عنه بالاطعام ، فاما الصيام فلا يجوز ان ينوب عنه اذنه ولا بغير اذنه لانه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فان جعل له عوضاً صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما لانه حصل العتق عنه بماله فأشبه مالو اشتراه ووكل البائع في إعتاقه عنه وإن لم يشترط عوضاً ففيه روايتان .

(احداهما) يقع العتق عن المعتق عنه ويجزيء عن كفارته وهو قول مالك والشافعي لانه أعتق عنه بأمره فصح كما لو شرط عوضاً .

(والاخرى) لا يجزيء والولاء للمعتق وهو قول أبي حنيفة لان العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل فلم يقع عن الموهوب له ، ويفارق البيع لانه لا يشترط فيه القبض، فان كان المعتق عنه ميتاً وكان قد وصى بالعتق عنه صح لانه بأمره وان لم يوص فأعتق عنه أجنبي لم يصح لانه ليس بنائب عنه، وإن أعتق عنه وارثه فان لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق ، وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لانه نائب عنه في ماله وأداء واجباته فان كانت عليه كفارة يمين فأطعم عنه جاز ، وإن اعتق عنه ففيه وجهان

عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أصابها في ليالي الصوم أفسد مامضى من صيامه وابتدأ الشهرين)

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطيء نهارا ولانه تحريم للوطء لايختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن احمد ان التتابع لا ينقطع بهذا ويبنى وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولان التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطيء ليلا ، وارتكاب النهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لايمنع صحته وإجزاءه كما لو وطيء قبل الشهرين أو وطيء ليلة أول الشهرين وأصبح صائما والاتيان بالصيام قبل التماس في حق هذا لاسبيل اليه سواء بنى أو استأنف

وان وطئها أو وطيء غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر وانقطع التتابع اجماعا إذا كان غير

(أحدهما) ليس له ذلك لانه غير متعين فجرى مجرى التطوع (والثاني) يجزيء لأن العتق يقع واجباً لان الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبه المعين ولانه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالاطعام والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتي أو اكس صح إذا فعل رواية واحدة سواء ضمن له عوضاً أو لا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء الاعرج يسيراً)

لانه قليل الضرر بالعمل فان كان فاحشاً كثيراً لم يجز لانه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ويجزيء المجدع الانف والاذن ، وفي مجدع الاذنين خلاف ذكرناه ، ويجزيء المجبوب والخصي ومن يخنق في الاحيان والاصم لان هذا لا يضر بالعمل ، وتجزيء الرتقاء والكبيرة التي تقدر على العمل لان ما لا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فحصل الاجزاء به كالسالم من العيوب .

(فصل) ويجزيء عتق الجاني وان قتل قصاصاً والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقه

(فصل) ويجزي الاعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزيء لانه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدي فأشبه العمى ، والصحيح ما ذكرناه فان المقصود تمليك العبد المنافع وتكميل الاحكام والعور لا يمنع ذلك ، ولانه لا يضر بالعمل أشبه قطع إحدى الاذنين ، ويفارق العمى فانه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع احدى اليدين أو الرجلين فانه لا يعمل باحداهما ما يعمل بهما والاعور يدرك باحدى العينين ما يدرك بهما ، وأما الاضحية

معذور ، وان وطئها أو وطيء غيرها نهارا ناسيا أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسيا أشبه ما لو أكل ناسيا وان أبيح له الفطر لعذر فوطيء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان وطئها كان كوطئها ليلا هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وان وطيء غيرها ليلا لم ينقطع التتابع لان ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مخل باتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التتابع كالاكل ليلا ، وليس في هذا اختلاف نعلمه ، وان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لاخلاله بموالاة الصيام والا فلا ينقطع والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكينا على ما امر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت

والهدي فانه لا يمنع منها مجرد العور وانما يمنع انخساف العين لأنها عضو مستطاب ولان الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والشق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء عتق المدبر)

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي: لا يجزيء لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ولان بيعه عندهم غير جائز فهو كأم الولد

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولانه عبد كامل المنفعة لم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ولانه يجوز بيعه لان النبي ﷺ باع مدبراً ، وقد ذكرنا ذلك ، ولان التدبير اما أن يكون وصية أو عتقاً بصفة وأيهما كان فلا يمنع التكفير باعتاقه قبل وجود الصفة والصفة ههنا الموت ولم توجد ، ويجزيء المعلق عتقه بصفة قبل وجودها لان ملكه فيه تام ويجوز بيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز عتق ولد الزنا)

وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر وروي عن عطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي وحماد انه لا يجزيء لان أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ أنه قال« ولد الزنا شر الثلاثة » قال أبو هريرة ولأن امتع بسوط في سبيل الله أحب إلي منه رواه أبو داود

ولنا دخوله في مطلق قوله (فتحرير رقبة) ولانه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتق عن شيء ولا استحق عتقه بسبب آخر فاجزأ عتقه كولد الرشدة ، فأما الاحاديث الواردة في ذمه فاختلف

لما أمره رسول الله ﷺ بالصيام قالت امرأته يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام، قال «فليطعم ستين مسكينا» ، ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال «وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟» قال «فاطعم» فنقله إلى الاطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ، ويجوز أن ينتقل الى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وان كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا)ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبه الشبق ولا يجوز أن ينتقل لاجل السفر لان السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي اليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الاطعام اطعام ستين مسكينا لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحداً في ستين يوما أجزاه ، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ، لان هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها كاليوم الاول .

ولنا قول الله تعالى (فاطعام ستين مسكيناً) وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمتثل الأمر ولانه لم يطعم ستين مسكينا، فلم يجزئه كما لو دفعها اليه في يوم واحد ولانه لو جاز الدفع اليه في أيام لجاز في يوم

أهل العلم في تفسيرها فقال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي لايهاب السير فيه . وقال الخطابي عن بعض أهل العلم قال هو الثلاثة أصلا وعنصراً ونسباً لانه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء . قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقد جاء في بعض الاحاديث « هو شر الثلاثة اذا عمل عملهم» فان صح ذلك اندفع الاشكال . وفي الجملة هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة امامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في اجزاء عتقه عن الكفارة لانه من أحكام الدنيا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء الصغير)

وقال الخرقي لا يجزيء حتى يصلي ويصوم . قال القاضي لا يجوز اعتاق من له دون سبع سنين لانه لا تصح منه العبادات في ظاهر كلام أحمد ، ظاهر كلام الخرقي أن المعتبر العقل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق من الاتيان به بنيته واركانه فانه يجزيء في الكفارة وان لم يبلغ السبع ، وإن لم يوجد منه لم يجز في الكفارة وان كان كبيراً وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة وهو قول الحسن وعطاء والزهري والشافعي وابن المنذر لان المراد بالايمان ههنا الاسلام بدليل اعتاق الفاسق قال الثوري المسلمون مؤمنون كلهم عندنا في الاحكام وماندري ماهم عندالله وبهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ) والصبي محكوم باسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين ويغسل ويصلى عليه وان سبي

واحد كالزكاة وصدقة الفطر يحقق هذا ، ان الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الايام ، وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا .

(مسئلة) قال (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير)

وجملة الامر أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر ، حكاه عنهم الامام أحمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس اذا أعطوا في كفارة اليمين مداً من حنطة بالمد الاصغر مد النبي ﷺ ، وقال أبو هريرة يطعم مداً من أي الانواع كان وبهذا قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود باسناده عن عطاء عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت

منفرداً عن أبويه اجزأ عنه عتقه لانه محكوم باسلامه وكذلك ان سبي مع أحد أبويه ولو كان إحد أبوي الطفل كافراً والآخر مسلما اجزأ اعتاقه لانه محكوم باسلامه قال القاضي في موضع يجزىء أعتاق الصغير في جميع الكفارات إلا كفارة القتل فانها على روايتين وقال ابراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء إلا من صام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزىء ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الخرقي ان الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فما لم يحصل الصلاة والصيام لا يحصل العمل قال مجاهد وعطاء في قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم وقال مكحول إذا ولد المولود فهو نسمة فاذا انقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلى فهو مؤمنة ولان الطفل لا يصح منه عبادة لانه لا نية له فلم يجز في الكفارة كالمجنون ولان الصبي نقص يستحق به النفقة على القرابة فأشبه الزمانة قال شيخنا والقول الآخر أقرب الى الصواب والصحة ان شاء الله لان الايمان الاسلام وهو حاصل في حق الصبي الصغير ويدل على هذا ان معاوية بن الحكم السلمي أتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يارسول الله ان علي رقبة مؤمنة فقال رسول الله ﷺ «أين الله؟» فاشارت برأسها إلى السماء قال «من انا؟» فاشارت الى رسول الله وإلى السماء أي أنت رسول الله قال «أعتقها فانها مؤمنة» فحكم لها بالايمان بهذا القول

(مسئلة) (ولو ملك نصف عبد فاعتقه عن كفارته ثم اشترى باقيه فاعتقه اجزأه)

لانه اعتق رقبة كاملة في وقتين فاجزأ كما لو أطعم المساكين في وقتين الاعلى رواية وجوب الاستسعاء والصحيح في المذهب خلافها

أن النبي ﷺ أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكينا ، وروى الأثرم باسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع في رمضان أن النبي ﷺ أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به واذا ثبت في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولانه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الاذى ، وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الانواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الاذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقا من تمر » رواه الامام أحمد في المسند وأبو داود وغيرهما وروى الخلال باسناده عن يوسف بن عبدالله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ « فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر » وفي رواية أبي داود والعرق ستون صاعا وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس قال كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس « فمن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الأثرم بأسناده عن عمر رضي الله عنه قال أطعم عني صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولانه اطعام المساكين فكان صاعا من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر

(مسألة) (فان أعتقه عن كفارته وهو موسر فسرى إلى نصيب شريكه عتق)

ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الخلال وصاحبه وحكاه عن أحمد وهو قول أبي حنيفة لان عتق نصيب شريكه لم يحصل باعتاقه إنما حصل بالسراية وهو غير فعله وإنما هي من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة يحقق هذا أنه لم يباشر بالاعتاق إلا نصيبه فسرى إلى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتاق لم يعتق منه شيء ولانه إنما يملك اعتاق نصيبه لا نصيب غيره ، وقال القاضي قول غيرهما من أصحابنا يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لأنه أعتق عبداً كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه والاول أصح ان شاء الله تعالى ولا نسلم أنه أعتق العبد كله وإنما أعتق نصفه وعتق الباقي عليه فأشبه شراء قريبه ولان إعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو نصيبه ويعتق نصفا آخر وتكمل الكفارة ؟ ينبني على ما إذا أعتق نصفي عبدين ، وسنذكر ذلك فاما إن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه في نصيب شريكه ، وفي نصيب نفسه ما سنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فان كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معينا أو مشاعا عتق جميعه فان نوى به الكفارة أجزأ عنه لان اعتاقه بعض العبد اعتاق لجميعه وان نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره وهل يحتسب له بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

ولنا ماروى الامام أحمدثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي ﷺ المظاهر « أطعم هذا فان مدي شعير مكان مدبر » وهذا نص ويدل على أنه مدبر أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال لخوله امرأة أوس بن الصامت « اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكينا » وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال « اني سأعينه بعرق من تمر » قالت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر قال « قد احسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك » وروى أبو داود باسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فعرقان يكونان ثلاثين صاعا لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الاذى فأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث مايدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني ساعينه بعرق » قالت امرأته إني ساعينه بعرق آخر

﴿ مسئلة ﴾ ولو أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصف عبد ونصف أمة أجزأ عنه)

ذكره الخرقي قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم ، وقال أبو بكر بن جعفر لايجزى. لان المقصود من العتق تكميل الاحكام ولايحصل من اعتاق نصفين ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) كقول الخرقي ،(والثاني) كقول أبي بكر ،(والثالث) ان كان نصف الرقيق حراً أجزأ لانه يحصل تكميل الاحكام ، وان كان رقيقا لم يجز لانه لايحصل ، ووجه الاول أن الاشقاص كالاشخاص فيما لايمنع منه العيب اليسير وبدليل الزكاة فاذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا وجبت الزكاة كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا اذا اشتركوا فيها قال شيخنا والاولى أنه لا يجزيء اعتاق نصفين اذا لم يكن الباقي منهما حراً لان اطلاق الرقبة انما ينصرف الى اعتاق الكاملة ولا يحصل من الشخصين مايحصل من الرقبة الكاملة في تكميل الاحكام وتخليص الآدمي من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به من الاحكام مايثبت باعتق رقبة كاملة ، ويمتنع قياس الشخصين على الرقبة الكاملة ولهذا لو أمر انسانا بشراء رقبة أو بيعها أو باهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن يشقصه كذا ههنا

(فصل) فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين اذا قدر على الصيام وهذا اجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) ولحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر حرا كان أو عبداً ويستوي في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لانعلم فيه خلافا ، وأجمعوا على وجوب التتابع لانه شرط في الصيام وقد تناوله نص القرآن والسنة ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة ولا تجب نية التتابع ويكفي فعله لانه شرط

قال « فاطعمي بها عنه ستين مسكينا » فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه اذا لم يجد سواه ولذلك لما أخبره بحاجته اليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لاحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لان النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعانته امرأته بآخر فصارا جميعا ثلاثين صاعا وسائر الاخبار تجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز وأخبارنا على الاجزاء وقد عضد هذا ان ابن عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائر ماذكرنا من الاخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار والله أعلم

(فصل) وبقي الكلام في الاطعام في أمور ثلاث : كيفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأما كيفيته فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كل انسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد

وشرائط العبادات لاتحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لافعالها وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لان ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطا وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين ، والثالث تكفي نية التتابع في الليلة الاولى

ولنا أنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالتتابع بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فانه رخصة فافتقر إلى نية الترخص وماذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات

﴿ مسئلة ﴾ (فان تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس لم ينقطع التتابع وبنى على مامضى من صيامه)

وجملة ذلك أنه اذا تخلل صوم الظهار زمان لايصح صومه فيه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فان التتابع لاينقطع بهذا ويبني على مامضى من صيامه ، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لانه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر لغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى

ولنا أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس فان قالوا الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لايبتدىء الصوم في حال الحمل ، ومن الحيض اذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدىء الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا لاينقطع التتابع به ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق مع

بعد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام ، قال أحمد أطعم شيئا كثيراً وصنع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولانه أطعم المساكين فاجزأه كما لو ملكهم

ولنا أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الاذى « أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » ولانه مال وجب للفقراء شرعا فوجب تمليكهم إياه كالزكاة فان قلنا يجزىء اشترط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجزئه أن يغديهم فقدم اليهم ستين مداً وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لان قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لان ذلك حكمها ، وقال القاضي ان علم أنه وصل الى كل واحد قدر حقه أجزأ وان لم يعلم لم يجزئه

علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فانه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ، وإن كان ناقصاً ، وأما شوال فلا يجوز أن يبتدأ من أوله لان أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع فيه من اليوم الثاني ويتم شهراً بالعدد ثلاثين ، وان بدأ من أول ذي الحجة الى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لانه بدأ من اولها ولو ابتدىء صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر ويصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ، وان كان ناقصاً لانه بدأه من اوله ، وأما شوال فان كان تاما صام يوما من ذي الحجة وان كان ناقصا صام يومين لانه لم يبدأه من أوله وان بدأ بالصيام من أول ايام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فانه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر ، وان قلنا لا يصح عن الفرض صام مكانها من صفر

(فصل) وإن أفطر لحيض او نفاس فقد أجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعا إذا حاضت قبل اتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لان الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الاياس وفيه تغرير بالصوم لانها ربما ماتت قبله ، والنفاس كالحيض في أنه لا ينقطع التتابع في أحد الوجهين لانه بمنزلته في أحكامه ولان الفطر لا يحصل فيهما بفعلها وانما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والثاني) أن النفاس يقطع التتابع لانه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر في العام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض لانه اندر منه ويمكن التحرز منه

(مسئلة) (فان أفطر لمرض مخوف او جنون لم ينقطع التتابع)

لان الاصل شغل ذمته مالم يعلم وصول الحق إلى مستحقه ووجه الاول أنه دفع الحق الى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرىء منه كديون غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، وقيل له تكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة ؟ فلم ير بذلك بأسا وذلك لان الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطيء في أثناء الاطعام لم تلزمه اعادة مامضى منه ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لانه وطيء في أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام

ولنا أنه وطيء في أثناء مالا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

« مسألة » قال (ولو أعطى مسكينا مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأ في إحدى الروايتين)

وهذا مذهب الشافعي لانه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فاجزأ كما لو دفع اليه المدين في

روي ذلك عن ابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهو قول سعيد بن جبير والحكم والثوري وأصحاب الرأي لانه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا أنه أفطر بسبب لاصنع له فيه فلم يقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وماذكروه من الاصل ممنوع وان أفطر لجنون او اغماء لم ينقطع التتابع لأنه لاصنع له فيه فهو كالحيض

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما) لأنهما كالمريض

﴿ مسألة ﴾ (فان خافتا على ولديهما فأفطرتا ففيه وجهان)

(أحدهما) لاينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لايتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما (والثاني) ينقطع لأنه لأجل الخوف على غيرهما ، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء

﴿مسألة﴾ (وان افطر لغير عذر أوصام تطوعا أوقضاء أو نذراً أوعن كفارة أخرى لزمه الاستئناف)

لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لايصلح لغيره وإذا كان عليه نذر صوم غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وان كان متعينا أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان امكن وان كان أياما من كل شهر كيوم الخميس وأيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره

يومين (والاخرى) لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع اليه ثانيا في يومه كما لو دفعهما اليه من كفارة واحدة فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى ؟ ينظر فاذا كان أعلمه أنها عن كفارة فله الرجوع والا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ماذكرناه في الزكاة والرواية الاولى أقيس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يومين أجزأ ، ولانه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك اذا كان الدافع واحداً ولو دفع ستين مداً الى ثلاثين فقيراً من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين من كفارتين أجزأه ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزىء في الاخرى الا عن ثلاثين

(الامر الثاني) أن المجزىء في الاطعام ما يجزىء في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كانت قوته أو لم تكن وما عداها فقال القاضي لا يجزىء اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاصناف على ماجاء في الاحاديث التي رويناها ، ولانه الجنس المخرج في الفطرة

انقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلا انه لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض

(مسئلة) (وان افطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض غير المخوف فعلى وجهين)

إذا افطر لمرض غير مخوف يبيح الفطر ففيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقطع التتابع لانه مرض أباح الفطر أشبه المخوف (والثاني) يقطع التتابع لانه افطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر فان السفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الامرين واظهرهما أنه لا ينقطع التتابع فانه قال في رواية الأثرم كان السفر غير المرض ولا ينبغي ان يكون أوكد من رمضان فظاهر هذا أنه لا ينقطع التتابع وهذا قول الحسن ويحتمل ان ينقطع التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول يقطع التتابع وجهاً واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر والصحيح الاول لانه افطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم ينقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وفارق الفطر لغير عذر فانه لا يباح فان أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو افطر يظن ان الشمس قد غابت ولم تغب افطر ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان (احدهما) لا ينقطع لانه فطر لعذر (والثاني) ينقطع التتابع لانه بفعل اخطأ فيه فأشبه مالو ظن أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن ان الواجب شهر واحد وان أكره على الاكل والشرب بان اوجر الطعام والشراب لم يفطر وان أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر وفيه وجه آخر أنه يفطر فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر أشبه المرض (والثاني) يقطعه وهو مذهب الشافعي لانه افطر بفعله لعذر نادر والاول أولى

فلم يجزىء غيره كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده كالذرة والدخن والارز لان الله تعالى قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيرا ، وإن كان أنقص لم يجزئه وهذا أجود

(فصل) والافضل عند أبي عبد الله إخراج الحب لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله لانه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على قدر المد قدراً يبلغ المد حباً أو يخرجه بالوزن لان الحب ربما فيكون في مكيال الحب أكثر مما في مكيال الدقيق

قال الأثرم قيل لابي عبد الله فيعطي البر والدقيق ؟ فقال أما الذي جاء فالبر ولكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعي : لا يجزىء لانه ليس بحال الكمال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالهريسة

ولنا قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولان الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الاكل

(فصل) ويجوز ان يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ومن اثنائه بغير خلاف نعلمه لان الشهر اسم لما بين الهلالين والثلاثين يوما فايهما صام فقد أدى الواجب فان بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة اجزأه ذلك وان كانا ناقصين إجماعا وبه قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذان شهران متتابعان وان بداه من أثناء شهر فصام ستين يوما اجزأه بغير خلاف أيضا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوماً من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً لان الاصل اعتبار الشهور بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره وجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه ان لا يجزئه الا شهران بالعدد لانا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرا كان أو مسافراً لانه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال أبو حنيفة ان كان حاضرا اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشترط لرمضان وان كان في سفر اجزأه عن الكفارة دون رمضان وقال صاحباه تجزىء عن الكفارة دون رمضان حضرا أو سفرا

وفارق الهريسة فانها تتلف على قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسئلتنا

وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان (إحداهما) يجزيء اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم فانه قال قلت لابي عبدالله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلثا دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك؟ قال ذلك أعجب الي وهو الذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر وهذا ان فعل فأرجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعام عشرة مساكين) فهذا قد اطعم عشرة مساكين وأوفاهم المد ؟ قال ارجو أن يجزئه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، ونقل الأثرم في موضع آخر ان احمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز؟ قال لا ولكن براً او دقيقا بالوزن رطل وثلث لكل مسكين، فظاهر هذا انه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبه الهريسة ، والاول احسن لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا من اوسط ما يطعم اهله، وليس الادخار مقصوداً في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للاكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها

وأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزيء لانهما خرجا عن الاقتيات المعتاد الى حيز الادام ، وأما السويق فالصحيح انه لا يجزيء لذلك ، ويحتمل أن يجزيء لانه يقتات في بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق اقل من شيء يعمل من مد فان اخذ مد حنطة أو رطلا وثلثاً من الدقيق وصنعه خبزاً اجزأه ، وقال الخرقي يجزئه رطلان

والنا ان رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزيء عن رمضان لان النبي ﷺ قال « الاعمال بالنيات وانما لامريء ما نوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه، ولا فرق بين الحضر والسفر لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام رجع إلى الاصل فان سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وافطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصاب المظاهر منها ليلا أو نهارا انقطع التتابع)

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطيء نهارا ذاكرا ولانه تحريم لوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف وروي عن أحمد ان التتابع لا ينقطع بالوطء ليلا وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها، ولان التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذى قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطيء ليلا وارتكاب المنهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته واجزاءه كما لو وطيء قبل الشهرين أو لو وطيء ليلة اول الشهرين وأصبح صائما والاتيان بالصيام قبل التماس لا سبيل اليه سواء بنى أو استأنف وان وطئها أو وطيء غيرها في نهار الشهرين عامدا افطر وانقطع التتابع

قال القاضي : المد يجيء منه رطلان وذلك لان الغالب ان رطلين من الخبز لا تكون الا من مد وذلك بالرطل الدمشقي خمس اواق وأقل من خمس اوقية وهذا في البر ، فأما ان كان المخرج من الشعير فلا يجزئه الا ضعف ذلك على ما قررناه

(فصل) ولا تجزيء القيمة في الكفارة نقلها الميموني والأثرم وهو مذهب الشافعي وخرج بعض اصحابنا من كلام احمد رواية اخرى انه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلا سأل احمد قال أعطيت في كفارة خمسة دوانيق فقال : لو استشرتني قبل ان تعطي لم اشر عليك ولكن اعط على ما بقي من الاثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي اعطى ، وهذا ليس برواية وانما سكت عن الذي اعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه

(الامر الثالث) ان مستحقي الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) والفقراء يدخلون فيهم لان فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف في هذا ، فأما الاغنياء فلا حق لهم في الكفارة سواء كانوا من اصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة او لم يكونوا لان الله تعالى خص بها المساكين ، واختلف اصحابنا في المكاتب فقال القاضي في المجرد وأبو الخطاب في الهداية :لا يجوز دفعها اليه وهو مذهب الشافعي، وقال الشريف ابو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما يجوز الدفع اليه وهو مذهب ابي حنيفة وأبي ثور لانه يأخذ من الزكاة لحاجته فأشبه المسكين

اجماعا إذا كان غير معذور وان وطئها أو وطيء غيرها نهارا ناسيا افطروا نقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان وعن أحمد رواية أخرى لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسيا أشبه ما لو أكل ناسيا ولو ابيح له الفطر لعذر فوطىء غيرها نهارا لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان كان وطئها كان كوطئها ليلا هل يقطع التتابع على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وإن وطيء غيرها ليلا لم ينقطع التتابع)

لان ذلك غير محرم عليه ولا هو يخل باتباع الصوم فلم يقطع التتابع كالا كل وليس في هذا اختلاف نعلمه فان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لاخلاله بموالاة الصيام وإلا لم ينقطع والله أعلم

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (فان لم يستطع لزمه اطعام ستين مسكيناً مسلما حرا صغيرا كان أو كبيرا إذا أكل الطعام) أجمع أهل العلم على ان المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام ان فرضه اطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه والزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان اوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصوم قالت امرأته يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال «فليطعم ستين مسكيناً» ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل اصبت ما اصبت الا من الصيام ؟ قال «فاطعم» فنقله الى الاطعام لما أخبره ان به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ويجوز ان ينتقل الى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وان كان مرجو الزوال لدخوله في قوله تعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) ولانه لا يعلم ان له نهاية فأشبه الشبق، ولا يجوز ان ينتقل لاجل السفر

ووجه الاول أن الله تعالى خص بها المساكين، والمكاتبون صنف آخر فلم يجز الدفع اليهم كالغزاة والمؤلفة ولان الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين وصرفت إلى من يحتاج اليها اللاقتيات ، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون في معنى المسكين، ويفارق الزكاة فان الاغنياء يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون، ولانه غني بكسبه او بسيده فأشبه العامل ، ولا خلاف بينهم في انه لا يجوز دفعها إلى عبد لان نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى ام ولد لانها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته، وقد ذكرنا ذلك في الزكاة ، وفي دفعها الى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة اليه

ولا يجوز دفعها الى كافر وبهذا قال الشافعي وخرج أبو الخطاب وجها في إعطائهم بناء على الرواية في إعتاقهم وهو قول ابي ثور وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين) وأطلق فيدخلون في الاطلاق

ولنا أنه كافر فلم يجز الدفع اليه كمساكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأي والآية مخصوصة بأهل الحرب فنقيس عليهم سائر الكفار، ويجوز صرفها الى الصغير والكبير إن كان ممن يأكل الطعام واذا أراد صرفه إلى الصغير فانه يدفعه إلى وليه يقبض له فان الصغير لا يصح منه القبض ،فأما من لا يأكل الطعام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز الدفع اليه لانه لا يأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة . وقال أبو الخطاب يجزي، لانه مسكين يدفع اليه من الزكاة فأشبه الكبير، واذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لانه يجوز أن يدفع اليه من زكاته

(فصل) ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فان بان غنيا فهل تجزئه ؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة ، وإن بان كافراً أو عبداً لم يجزئه وجها واحداً

لان السفر لا يعجزه عن الصيام وله نهاية ينتهي اليها وهو من أفعاله الاختيارية والواجب إطعام ستين مسكينا لا يجزئه أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحداً في ستين يوما اجزأه وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) يشترط في المساكين ثلاثة شروط الاسلام والحرية وان يكون قد أكل الطعام، والمساكين هم الذين تدفع اليهم الزكاة لحاجتهم المذكورون في أبواب الزكاة ويدخل في ذلك الفقراء لانهم وان كانوا في الزكاة صنفين فهم في غيرها صنف واحد لكونهم يأخذون لحاجتهم إلى ما يكفيهم أو ما تتم به كفايتهم (أحدها) اسلامهم فلا يجوز دفعها إلى كافر ذميا كان أو حربيا وبذلك قال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها إلى الذمي لدخوله في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولانه مسكين من أهل دار الاسلام فاجزأ الدفع اليه من الكفارة كالمسلم وروي نحوه عن الشعبي وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب بناء على جواز اعتاقه في الكفارة وقال الثوري يعطيهم إذا لم يجد غيرهم

ولنا انهم كفار فلم يجز اعطاؤهم كمساكين اهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه .

(الثاني) أن يكونوا أحرارا فلا يجوز دفعها الى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد ولا خلاف في أنه لا يجوز دفعها الى عبد لان نفقته واجبة على سيده ، ولا الى أم ولد لذلك وبهذا قال مالك والشافعي واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها الى مكاتبه وغيره وقال أبو الخطاب يتخرج دفعها اليه بناء على جواز اعتاقه لانه يأخذ من الزكاة حاجته فاشبه المسكين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى وكذلك ان ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبنى على ما مضى من صيامه)

وجملة ذلك أنه اذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فان التتابع لا ينقطع بهذا ويبنى على ما مضى من صيامه، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لانه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه اذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى.

ولنا أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس، فان قال والحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدي الصوم في حال الحمل ومن الحيض اذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدي الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا فانه لا يقطع التتابع به ولا يجوز للمأموم مفارقة امامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقته قبل اتمامها، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر الا يوم النحر وحده، فعلى هذا ان أفطرها استأنف لانها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها اذا ثبت هذا فانه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ناقصا كان أو تاما. وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لان أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين يوما، وإن بدأ من أول ذي الحجة الى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لانه بدأ بالشهرين من أولهما، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر

ولنا ان الله تعالى عده صنفا في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لان حاجته من غير جنس حاجتهم فيدل على أنه ليس بمسكين والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية ولان المسكين يدفع اليه لتتم كفايته والمكاتب انما يأخذ لفكاك رقبته، وأما كفايته فانها حاصلة بكسبه وماله فان لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع اليه فاستغنى بانفاقه عليه، ويفارق الزكاة فانها تصرف الى الغني والكفارة بخلافها

(الثالث) أن يكونوا أكلوا الطعام فان كان طفلا لم يأكل الطعام لم يدفع اليه في ظاهر كلام الخرقي وهو قول القاضي وهو ظاهر قول مالك فانه قال يجوز الدفع الى الفطيم وهذا إحدى الروايتين عن احمد والثانية يجوز دفعها الى الصغير الذي لم يطعم ويقبض له وليه وهذا الذي ذكره أبو الخطاب المذهب وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لانه حر مسلم محتاج فأشبه الكبير ولان أكله للكفارة ليس بشرط وهذا يصرف الكفارة الى ما يحتاج اليه مما تتم به كفايته فأشبه الكبير

ولنا قوله تعالى (فاطعام عشرة مساكين) وهذا يقتضي أكلهم له فاذا لم يعتبر حقيقة أكلهم وجب اعتبار امكانه ومظنته ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل ولانه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة

وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ناقصا كان أو تاما لانه بدأه من أوله وأما شوال فان كان تاما صام يوما من ذي الحجة مكان يوم الفطر وأجزأه ، وان كان ناقصا صام من ذي الحجة يومين لانه لم يبدأه من أوله ، وان بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فانه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر ، وان قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر

(فصل) ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ومن أثنائه لانعلم في هذا خلافا لان الشهر اسم لما بين الهلالين وللثلاثين يوما فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فان بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة اجزأه ذلك تامين كانا او ناقصين اجماعا وبهذا قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وابو ثور وابو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذان

ولم يتعين الاطعام وهذا يفسد ماذكروه فاذا اجتمعت هذه الاوصاف في واحد جاز الدفع اليه كبيراً كان أو صغيرا محجورا عليه أو غير محجور عليه الا ان من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه.

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز دفعها الى الكافر) وقد ذكرناه ، ولا إلى من تلزمه مؤنته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة وفي دفعها الى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة اليه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز دفع الكفارة الى من ظاهره الفقر فان بان غنيا فهل يجزئه؟ فيه وجهان) بناء على الروايتين في الزكاة وان بان كافرا أو عبدا لم يجزئه وجها واحدا

﴿مسئلة﴾ (وان رددها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزئه الا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه وعنه يجزئه وان وجد غيره)

وجملة ذلك أن الواجب في كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا للآية لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئه أن يطعم مسكينا واحدا في ستين يوما ، وروي ذلك عن أحمد حكاه القاضي أبو الحسين لان هذا المسكين لم يستوف الا قوت يومه من هذه الكفارة فجاز أن يعطي منها كاليوم الاول ، وعن احمد رواية ثالثة ان وجد غيره لم يجزئه لانه أمكنه امتثال الامر بصورته ومعناه وان لم يجد غيره أجزأه لتعذر المساكين

ووجه الاولى قول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا لم يطعم الا واحدا فلم يمتثل الامر ولانه لم يطعم ستين مسكينا فلم يجزئه كما لو دفعها اليه في يوم واحد ولانه لو جاز الدفع اليه في أيام لجاز الدفع اليه في يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر ، يحقق هذا أن الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الايام وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين ، والمعنى في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا

شهران متتابعان ، وان بدأ من اثناء شهر فصام ستين يوما اجزأه بغير خلاف أيضا . قال ابن المنذر أجمع على هذا من نحفظ عنه من أهل العلم ، فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوما من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاما او ناقصا لان الاصل اعتبار الشهور بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه أن يقال لا يجزئه الا شهران بالعدد لاننا

﴿مسألة﴾ (وان دفع الى مسكين واحد في يوم من كفارتين أجزأه)

وهذا مذهب الشافعي وهو اختيار الخرقي لانه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع اليه المدين في يومين وفيه رواية أخرى أنه لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجز الدفع اليه ثانيا كما لو دفعها اليه من كفارة واحدة ، فعلى هذه الرواية يجزئه عن احدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى؟ ينظر فان كان اعلمه أنها عن كفارتين فله الرجوع والا فلا وتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرنا في الزكاة ، والرواية الاولى أقيس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يوم أجزأه ولانه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك اذا كان الدافع واحدا ولو دفع ستين مدا الى ثلاثين مسكينا من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين فان دفع الستين من كفارتين خرج على الروايتين في المسئلة قبلها وهي اذا أطعم مسكينا واحدا مدين من كفارتين في يوم واحد .

﴿مسألة﴾ (والمخرج في الكفارة ما يجزىء في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كان قوت بلده أو لم يكن) وما عداها فقال القاضي : لا يجزىء اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاوصاف على ما جاء في الاحاديث التي نذكرها ولانه الجنس المخرج في الفطرة فلم يجز غيره كما لو لم يكن قوت بلده

﴿مسألة﴾ (فان كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والارز لم يجز اخراجه على قول القاضي وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده لان الله تعالى قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج عن قوت بلده أجود منه فقد زاد خيرا

﴿مسألة﴾ (واخراج الحب أفضل عند أبي عبدالله)

لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله لانه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على المد قدرا يبلغ المد حبا أو يخرجه بالوزن لان الحب يريع فيكون في مكيال الحب أكثر مما يكون في مكيال الدقيق قال الاثرم قيل لابي عبد الله فيعطي البر والدقيق قال أما الذي جاء فالبر ولكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز وقال الشافعي لا يجزىء لانه ليس بحال الكمال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فأشبه الهريسة

لما ضممنا الى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان او مسافراً لانه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع ، وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال ابو حنيفة ان كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشترط لرمضان وان كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال صاحباه يجزىء عن رمضان دون الكفارة سفراً وحضرا

ولنا أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزىء عن رمضان لان النبي ﷺ قال « انما الاعمال بالنيات وانما لامرىء مانوى » وهذا مانوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر ، لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام رجع الى الاصل فان سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان المظاهر عبداً لم يكفر الا بالصيام واذا صام فلا يجزئه الا شهران متتابعان)

قد ذكرنا ان ظهار العبد صحيح و كفارته بالصيام لان الله تعالى قال « فمن لم يجد فصيام شهرين

ولنا قول الله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولان الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الاكل وفارق الهريسة فانها تفسد عن قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسئلتنا

﴿مسئلة﴾ (وفي الخبز روايتان)

(احداهما) يجزىء اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم فانه قال قلت لابي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلثا دقيقا وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب الي والذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر وهذا ان فعل فارجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعام عشرة مساكين) فهذا قد أطعمهم وأوفاهم المد قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ونقل الاثرم في موضع آخر ان أحمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزا وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز قال لا ولكن برا أو دقيقا بالوزن رطل وثلث لكل مسكين فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكال والادخار فأشبه الهريسة ، قال شيخنا والاول أحسن لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الادخار مقصودا في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للاكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه الدقيق الحنطة وغسلها فأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزىء لانها خرجا عن الاقتيات المعتاد الى حيز الادام ، وأما السويق فيحتمل الا يجزىء لذلك ويحتمل أن يجزىء لانه يقتات

متتابعين) والعبد لا يستطيع الاعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالا وظاهر كلام الخرقي انه لا يجزئه غير الصيام سواء أذن له سيده في التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكي هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي وعن احمد رواية اخرى إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز وهو مذهب الاوزاعي وأبي ثور لانه باذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال فجاز له ذلك كالحر وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالاطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق ؟ على روايتين (إحداهما) لا يجوز وحكي هذا عن مالك وقال ارجو أن يجزئه الاطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجزئه الا الصيام وذلك لان العتق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد

(والرواية الثانية) له العتق وهو قول الاوزاعي واختارها ابو بكر لان من صح تكفيره بالاطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الارث كما لو اعتق من يخالفه في دينه ولان المقصود بالعتق اسقاط الملكية عن العبد وتمليكه نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه

ووجه الاولى ان العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره فلم يجزئه كما لو اعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وان أذن له سيده فيه لان فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو اذن موسر لحر معسر في التكفير من ماله وان كان عاجزاً عن الصيام فأذن

في بعض البلدان ولان السويق يجزىء في الفطرة فكذلك ههنا

(مسألة) (ولا يجزىء من البر أقل من مد ولا من غيره أقل من مدين)

وجملة ذلك أن قدر الاطعام في الكفارات مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع تمر او شعير وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الاصغر مد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو هريرة يطعم مدا من أي الانواع كان ، وبه قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود باسناده عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكيناً ، وروى الاثرم باسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال «خذه وتصدق به» وإذا ثبت هذا في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر قياساً عليه ولانه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة ؛ وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الانواع ؛ وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لانها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الاذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقا من تمر » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما وروى الخلال باسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ « فليطعم ستين مسكيناً وسقاً[1] من تمر » وفي رواية أبي داود

له سيده في التكفير بما شاء من العتق والاطعام فان له التكفير بالاطعام لان من لا يلزمه الاعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر ، ولان عليه ضرراً في التزام المنة الكبيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فان عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبنى مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الاحوال؟ وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، وعلى كل حال فاذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله في عموم قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين) ولانه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين ، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفا إلا ماروي عن عطاء انه لو صام شهراً أجزأه وقاله النخعي ثم رجع عنه إلى قول الجماعة

(فصل) والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقي لانه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر ماوجب عليه يوم حنث لا يوم حلف ، قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد ، أي ثم أعتق فانما يجلد جلد العبد وهو أحد اقوال الشافعي ، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فان كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم يسقط باعساره بعد ذلك ، وان كان معسراً ففرضه الصوم فاذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال الى الرقبة

والعرق ستون صاعا ، وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس قال : كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس « فمن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الاثرم باسناده عن عمر رضي الله عنه قال : أطعم عني صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولانه اطعام للمساكين فكان صاعا من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر

ولنا ما روى الامام أحمد ثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال : جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر « أطعم هذا فان مدي شعير مكان مد بر » وهذا نص ولانه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال لخويلة امرأة أوس ابن الصامت « اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكينا » وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال «اني سأعينه بعرق من تمر - قلت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر - قال أحسنت اذهبي فأطعمي

(والرواية الثانية) الاعتبار بأغلظ الاحوال من حين الوجوب الى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب الى حين التكفير لم يجزئه الا الاعتاق وهذا قول ثان للشافعي لانه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الحالين كالحج ، وله قول ثالث ان الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الاداء كالوضوء

* ولنا أن الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا أعتق ويفارق الوضوء فانه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء فان أداءه فعله وليس الاعتبار به وانما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء ، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكروه بالعبد إذا أعتق فانه لا يلزمه الانتقال الى العتق مع ماذكروه ، فان قيل العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسئلتنا قلنا هذا لا أثر له

اذا ثبت هذا فانه اذا أيسر فأحب أن ينتقل الى الاعتاق جاز له في ظاهر كلام الخرقي فانه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدي لم يكن عليه الخروج الا أن يشاء . وهذا يدل على انه اذا شاء فله الانتقال اليه ويجزئه الا أن يكون الحانث عبدا فليس له الا الصوم وان عتق ، وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لان العتق هو الاصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول ، فأما ان استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال الى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب

بها عنه ستين مسكيناً وارجعي الى ابن عمك » وروى أبو داود باسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فالعرقان ثلاثون صاعا لكل مسكين نصف صاع ولانها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الاذى ، وأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث ما يدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني سأعينه بعرق - فقالت امرأته اني سأعينه بعرق آخر - قال - فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً » فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به ، وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه ولذلك لما أخبره بحاجته اليه أمره بأكله وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهباً لاحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لان النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعانته امرأته بعرق آخر فصارا جميعاً ثلاثين صاعا كما فسر أبو سلمة بن عبد الرحمن وسائر الاحاديث يجمع بينها وبين اخبارنا بحملها على الجواز واخبارنا على الاجزاء ، وقد عضد هذان ابن

الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ، وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي الى انه يلزمه العتق لانه قدر على الاصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها

ولنا انه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز الى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فانه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وههنا بخلافه ولانه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة

(فصل) اذا قلنا الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لان الكفارة لا تجب حتى يعود وقته في اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب

(فصل) فاذا كان المظاهر ذميا فتكفيره بالعتق أو الاطعام لانه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها ولا يجوز بالصيام لانه عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولانه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ، ولا يجزئه في العتق الا عتق رقبة مؤمنة فان كانت في ملكه أو ورثها اجزأت عنه وان لم يكن كذلك فلا سبيل له الى شراء رقبة مؤمنة لان الكافر لا يصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره بالاطعام الا أن يقول لمسلم اعتق عبدك عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في احدى الروايتين ، وان أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لانه في معناه ، وان ظاهر وهو مسلم ثم ارتد فصام في ردته عن كفارته لم يصح وان كفر بعتق أو اطعام فقد أطلق أحمد

عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الاخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من الخبز أقل من رطلين بالعراقي الا أن يعلم أنه مد)

وجملة ذلك أنه اذا أعطى المسكين رطلي خبز بالعراقي أجزأه ذكره الخرقي وذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم خمس أواقي وسبع أوقية لان ذلك لا يكون أقل من مد وقال القاضي المد يجيء منه رطلان لان الغالب أن رطلين من الخبز لا يكون أقل من مد فأما ان علم أنه مد بحيث يأخذ مداً من حنطة فيطحنه ويخبزه أو رطلا وثلثاً من دقيق الحنطة فيصنعه خبزاً فيجزئه وهذا في البر فاما ان كان من الشعير فلا يجزيه الا ضعف ما قدرنا أو يخبز نصف صاع شعير كما قلنا في البر ويخرجه فيجزئه

﴿مسئلة﴾ (فان أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه ويحتمل أن يجزئه لا يجزىء اخراج القيمة في الكفارة)

نقلها الميموني والاثرم وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازه الاوزاعي وأصحاب الرأي لان المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بذلك

القول انه لايجزئه ، وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فان أسلم تبينا انه أجزأه وان مات أو قتل تبينا انه لم يصح منه كسائر تصرفاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وطىء قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتماسا) ، فان وطىء عصى ربه لمخالفة أمره وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي وأبي مجلز والنخعي وعبدالله بن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور ، وروى الخلال عن الصلت بن دينار قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر ، قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً ، وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لان الوطء يوجب كفارة والظهار موجب للاخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط للاباحة بعد الوطء كما كانت قبله وحكي عن بعض الناس أن الكفارة تسقط لانه فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطىء قبل التكفير، فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولانه

وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلا سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمس دوانيق فقال لو استشرتني قبل أن تعطي لم اشر عليك ولكن أعط ما بقي من الاثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطى وهذا ليس برواية وانما سكت عن الذي أعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه والمذهب الاول لظاهر قوله سبحانه (فاطعام ستين مسكينا) ومن أخرج القيمة لم يطعم وقد ذكرناه في الزكاة

﴿مسئلة﴾ (وان غدى المساكين او عشاهم لم يجزئه وعنه يجزئه)

ظاهر المذهب في كيفية إطعام المساكين أن الواجب أن يملك كل انسان من المساكين القدر الواجب من الكفارة فلو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء كان ذلك بقدر الواجب أو أقل او أكثر ، ولو غدى كل واحد غداء لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام قال احمد اطعم شيئا كثيرا وصنع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولانه أطعم

وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأما قولهم فات رقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات عتقها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي لم تكن مظاهرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور)

وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي أو قالت ان تزوجت فلانا فهو علي كظهر أبي فليس ذلك بظهار ، قال القاضي لا تكون مظاهرة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والاوزاعي هو ظهار وروي ذلك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قال إذا قالت ذلك بعد ما تزوج فليس بشيء ولعلهم يحتجون بانها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهراً كالرجل

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولانه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولان الحل في المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه اذا ثبت هذا فاختلف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الاثرم باسناده عن ابراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت ان تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي فسألت أهل المدينة فراوا أن عليها الكفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالسا في المسجد أنا وعبدالله بن معقل المزني فجاء رجل حتى جلس الينا فسألته من أنت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهر أبي ان تزوجته

المساكين فأجزأه كما لو ملكهم ووجه الاولى أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الاذى « أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » ولانه مال وجب للفقراء شرعا فوجب تمليكهم إياه كالزكاة فان قلنا يجزىء اشترط أن يغديهم ستين مدا فصاعدا ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وان قلنا لا يجزىء أن يغديهم فقدم اليهم ستين مدا وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لانه ملكهم التصرف فيه والامتناع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وان لم يقل بالسوية لان قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لان ذلك حكمها وقال القاضي ان علم أنه وصل الى كل واحد قدر حقه أجزأ وان لم يعلم لم يجزئه لان الاصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق الى مستحقه ، ووجه الاول أنه دفع الحق الى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرىء منه كدين غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقيل له يكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً والاخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة فلم ير بذلك بأساً وذلك لان

ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه فاعتقتني وتزوجته، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولانها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى (والرواية الثانية) ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف ولانه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الاقوال أو تحريم مما لايصح منه الظهار فأشبه الظهار من أمته (والرواية الثالثة) عليها كفارة اليمين، قال أحمد قد ذهب عطاء مذهبا حسنا جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئا مثل الطعام وما أشبهه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه باصوله لانه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده ولانه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولانه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من امته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز ان يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة احد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام احمد في رواية الاثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار انما قال الأحوط ان تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في ان الاحوط التكفير باغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم للحلال من غير ظهار فأشبه ما لو حرم امته او طعامه وهذا قول عطاء والله اعلم

(فصل) واذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فان طلقها او مات احدهما قبل وطئها أو اكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لانها يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الايمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الايمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير لانه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولانه ليس بظهار وانما هو تحريم

الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ولو وطيء في أثناء الاطعام لم يلزمه اعادة مامضى منه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لانه وطيء في أثناء الكفارة فوجب الاستئناف كالصيام

ولنا أنه وطء في أثناء ما لا يشترط فيه التتابع فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كما لو وطيء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

(فصل) ولا يجزيء الاخراج الا بنية وكذلك الاعتاق والصيام لقول النبي ﷺ «انما الاعمال بالنيات» ولان العتق يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف الى هذه الكفارة الا بنيته وصفتها ان ينوي العتق أو الاطعام أو الصيام عن الكفارة فان زاد الواجبة فهو تأكيد والا أجزأت نية الكفارة وان نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم تجزئه لان الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر

الحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه ، وحكي ان ظاهر كلام أبي بكر انها لا تمكنه قبل التكفير الحاقا بالرجل وليس ذلك بجيد لان الرجل الظهار منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولان الحل حق الرجل فملك رفعه والحل حق عليها فلا تملك ازالته والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي بذلك التأكيد أو الاستئناف أو اطلق نقله عن احمد جماعة واختاره ابو بكر وابن حامد والقاضي وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشعبي والزهري ومالك واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وهو قول الشافعي القديم ونقل عن احمد فيمن حلف ايمانا كثيرة فان أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة فمفهومه انه ان نوى الاستئناف فكفارتان وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال اصحاب الرأي ان كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وان كان في مجالس فكفارات وروي ذلك عن علي وعمرو ابن دينار وقتادة لانه قول يوجب تحريم الزوجة فاذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها قد حرمت بالقول الاول ولم يزد تحريمها ، ولانه لفظ يتعلق به كفارة فاذا كرره كفاه واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فما زاد على ثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ما ذكروه وأما الثالثة فانها تثبت تحريما زائداً وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لا يثبت به تحريم فنظيره مازاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني، فأما ان كفر عن الاول ثم ظاهر لزمته الثاني كفارة بلا خلاف لان الظهار الثاني مثل الاول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالاول بخلاف ماقبل التكفير

(فصل) والنية شرط في صحة الكفارة لقول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات » ولان العتق

فوجب تمييزه وموضوع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي وقال به بعض أصحابه وقال بعضهم لا يجزىء حتى يستصحب النية وان كانت الكفارة صياماً اشترطت نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه لان النية تعينت لها وإن كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نسائه فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن احداهن وحلت له احداهن غير معينة لانه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان، وقياس المذهب أنه يقرع

يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف الى هذه الكفارة الا بنية وصفتها أن ينوي العتق أو الصيام أو الاطعام عن الكفارة فان زاد الواجبة كان تأكيداً وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وان نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يجزئه لان الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي ، وقال به بعض أصحابه ، وقال بعضهم لايجزيء حتى يستصحب النية وان كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نساء فأعتق عبداً عن ظهاره اجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لأنه واجب من جنس واحد فاجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهن فتخرج بالقرعة المحللة منهن وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن احداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لان كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك اذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة ، فأما ان كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان

بينهن فتخرج المحللة منهن بالقرعة، وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل ، وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وان كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن احداهن ثم صام شهرين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى اجزأه وله الجميع من غير قرعة ولا تعيين ، وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لان كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك اذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة عن ظهارهن دفعة واحدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت من اجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين فقال أبو الخطاب لا تفتقر الى تعيين السبب . وبهذا قال الشافعي لانها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها الى تعيين سببها كما لو كان من جنس واحد)

ويمين فقال ابو الخطاب لايفتقر الى تعيين السبب وهذا مذهب الشافعي لانها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة اداثها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد ، وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزيء نية مطلقة ، وحكاه أصحاب الشافعي عن احمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لها كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر ، فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الاول قاله ابو بكر ، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فانه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر لزمه صوم يومين فان كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدري أهي من كفارة يمين او قضاء او نذر لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) واذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبدين لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه اجماعا

(الثاني) أن يقول أعتقت هذا عن احدى الكفارتين وهذا عن الاخرى من غير تعيين فينظر فان كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار او كفارتي قتل أجزأه ، وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار

وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا يجزيء بنية مطلقة وحكاه بعض أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لها كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر

فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها اجزأته كفارة واحدة على الوجه الاول قاله أبو بكر وعلى الوجه الثاني ينبغي ان يلزمه كفارات بعدد الاسباب كل واحد عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فانه يلزمه خمس صلوات، ولو علم ان عليه يوما لا يعلم هل هو من قضاء او من نذر لزمه صوم يومين فان كان عليه صيام ثلاثة أيام لا يدري اهي من كفارة او نذر او قضاء لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) اذا كان على رجل كفارتان فاعتق عنهما عبدين لم يخل من اربعة أحوال (احدها) ان يقول اعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه اجماعا

(الثاني) ان يقول اعتقت هذا عن احدى الكفارتين وهذا عن الاخرى من غير تعيين فان كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار او قتل اجزأه وان كانتا من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على وجهين في اشتراط تعيين السبب فان قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما وان قلنا لا يشترط اجزأه عنهما

(الثالث) ان يقول اعتقتهما عن الكفارتين فان كانتا من جنس اجزأ عنهما و يقع كل واحد عن كفارة لان عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فاذا اطلق ذلك وجب حمله عليه وان

وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب ان قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما ، وان قلنا لا يشترط أجزأه عنهما

(الثالث) أن يقول أعتقتهما عن الكفارتين فان كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولان عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فاذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين

(الرابع) أن يعتق كل واحد عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني ذلك على أصل آخر وهو اذا أعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أولا ؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لان الاشقاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منه العيب اليسير

وقال ابو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الاطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ولهم وجه ثالث وهو أنه ان كان باقيهما حرا أجزأ وإلا فلا لانه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الاحكام والتصرف ، وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا أن المعترض عليه أن يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعتق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فاذا قلنا لا يجزيء عتق النصفين لم يجزيء في

كانتا من جنسين خرج على الوجهين (الرابع) ان يعتق كل واحد منهما عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني على أصل آخر وهو اذا اعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه اولا ؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لان الاشقاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان كمن ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منها العيب اليسير . وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الاطعام ولاصحاب الشافعي كهذين الوجهين، ولهم وجه ثالث وهو انه ان كان باقيهما حرا اجزأ والا فلا لانه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الاحكام والتصرف وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا ان للمعترض عليه ان يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعتق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فاذا قلنا لا يجزيء عتق النصفين لم يجز في هذه المسئلة عن شيء من الكفارتين وان قلنا يجزيء وكانت الكفارتان من جنس اجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين والصحيح أنه يجزيء وجها واحدا لان عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لان الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده انت حر الساعة ان تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظها ان تظاهر لانه قدم الكفارة على سببها المختص لم يجز كما لو قدم كفارة القتل على الجرح، ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي

هذه المسئلة عن شيء من الكفارتين ، وان قلنا يجزئ وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين ،والصحيح أنه يجزئ وجها واحدا لان عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لان الحكم لايجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده أنت حر الساعة عن ظهاري ان تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره ان تظاهر لانه قدم الكفارة على سببها المختص فلم يجز كما لو قدم كفارة اليمين عليها أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي لم يجز التكفير قبل دخول الدار لانه تقديم الكفارة قبل الظهار فان أعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لان الظهار معلق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبده إن تظاهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أمي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الظهار؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة

(والثاني) لايجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولان النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لاتجزىء لانه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبده إن تظاهرت فأنت حر عن ظهاري فالحكم فيه كذلك لانه تعليق لعتقه على المظاهرة

لم يجز التكفير قبل دخول الدار لانه تقديم للكفارة قبل الظهار فان اعتق عبداً عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصارمظاهراً ولم يجزئه لان الظهار معلق على شرط ولوقال لعبده ان تظاهرت فانت حر عن ظهارى ثم قال لامرأته انت علي كظهر امي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الكفارة فيه وجهان

(احدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظها وقد نوى اعتاقه عن الكفارة (والثاني) لايجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهوالشرط ولان النية لم توجد عند عتق العبد والنية عند التعليق لا تجزىء لانه تقديم لها على سببها والله سبحانه وتعالى اعلم

آخر الباب ويتلوه باب اللعان انشاء الله تعالى، تم تسويد كتابة ذلك الكتاب في اليوم السادس من العشر الثانية من الشهر السابع من السنة السادسة من العشر الخامسة من المائة الثالثة من الالف الثاني من الهجرة النبوية على مهاجرها افضل الصلاة والسلام بقلم الفقير الى الله محمد بن حمد بن نصر الله بن فوزان بن نصر الله بن محمد بن عيسى بن حمد بن عيسى بن صقر بن مشعاب

ان تجد عيبا فسد الخللا جل من لاعيب فيه وعلا

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء التاسع وأوله (كتاب اللعان) ﴾

﴿ فهرس الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

صفحة

صفحة

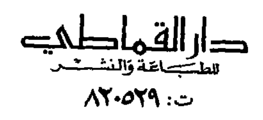
صفحة

صفحة

صفحة

صفحة




دار القماطي
للطباعة والنشر
ت: ٨٢٠٥٢٩

